Decis.
2 m

Annalen

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Hofgerichtsräthe **Stempf**, **Haager**, **Brauer**, **Ottendorff**, Dr. **Puchelt** und des Herrn Oberhofgerichtsadvokaten Dr. **Ladenburg** nebst anderen Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Fünfundzwanzigster Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1858.

Register

zum XXV. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Erläuterungen:

A. Des Landrechts.

L.R.G.	Seite.
504.	84.
513.	263.
644.	231.
645.	231.
674.	64.
678.	165.
679.	165.
691.	159.
695.	190. 221.
724.	142.
745.	142.
765.	315.
883.	142. 379.
887.	113. 140.
896.	375.
901.	84.
1098.	375.
1134.	142.
1167 a.	53.
1174.	139.
1218.	84.
1220.	142.
1382 a.	142.
1454.	241.
1717.	229.
1723.	416.
2016.	242.
2037.	242. 415.
2102.	374.
2127 a. Ziff. 3.	181.
2151.	360.
2198.	87.
2277.	359.

B. Des Handelsrechts.

§§.	Seite.
1 a.	241.
22.	24.
25.	24.
37.	392.

C. Der Prozeßordnung.

§§.	Seite.
144.	312.
530.	37.
563. Ziff. 2.	400.
566.	24.
571.	24.
588.	412.
599.	264. 344.
728.	39.
749. No. 3.	272.
982. Ziff. 4.	34.
1117.	223.
1188.	33.

D. Des Strafgesetzbuchs.

§§.	Seite.
385. No. 6.	160. 384.
385. Ziff. 10	47. 304.
423.	112.
456.	62.
583.	405.
659.	323.
677.	323.

E. Der Strafprozeßordnung.

§.	Seite.
581.	150.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 1.

I.

Ueber die Rechtspolizeigeschäfte der Gerichte.

Die napoleonische Gesetzgebung huldigt dem Grundsatz, daß die ganze Rechtspolizei, soweit sie nicht in bloser Beurkundung besteht (selbst eine solche ist in L.R.S. 1007 den Gerichten übertragen), zur Zuständigkeit der Gerichte gehöre, und demgemäß sind in dem Code Napoléon überall die Gerichte als Rechtspolizeibehörde bezeichnet. Ferner sind theils in diesem Gesetzbuche und theils in dem Code de procédure civile Art. 812 ff. die nöthigen Vorschriften über das Verfahren gegeben.

Bei der Einführung des Code Napoléon als Landrecht für Baden, wollte man diesen Grundsatz beibehalten, weßhalb §. 3 des 1 Einf.Ed. vom 3. Februar 1809 besagt, daß zwar bezüglich gewisser, für die Anwendbarkeit dieses Gesetzbuchs nöthiger besonderer Anstalten weitere Verfügung nachfolgen solle, dieß jedoch hinsichtlich der Untergerichte und Friedensgerichte nicht für nöthig erachtet worden sei, die Landesgerichte vielmehr, obwohl sie in Amtsweise zu sprechen haben, dennoch alles dasjenige, was im Landrecht mit Bezug auf Gerichte, die in Rathsweise beschließen, ausgesprochen ist, mit Beseitigung der auf die Mehrheit rathschlagender Glieder gerichteten äußeren Bestimmungen und mit Beobachtung des Wesentlichen leicht auf sich anwenden können. Zugleich wird ausgesprochen, daß die Einführung von Friedensgerichten nicht beabsichtigt werde, weßhalb die im Code Napoléon vorkommenden Verrichtungen derselben durch entsprechende Veränderungen im Texte des Landrechts theils den Untergerichten, theils den Ortsvorstehern übertragen seien. (So ist z. B in L.R.S. 477. 478 „Ortsvorsteher" und und in L.R.S. 353 „ordentlicher Richter" statt Friedensrichter gesetzt.) Endlich wird verheißen, daß eine demnächst nachfolgende allgemeine Prozeßordnung den Gerichten die zur Erfüllung ihrer neuen Pflichten weiter dienlichen Maßregeln vorzeichnen werde.

Hiernach wurde, also an dem fraglichen Grundsatz nichts geändert, und derselbe den bestehenden Einrichtungen in der Art angepaßt, daß die „in Amtsweise sprechenden" Einzel Richter an die Stelle der im Code Napoléon genannten Gerichtshöfe der ersten Instanz und deren Vorsteher theilweise auch an die Stelle der Friedensrichter treten, während in den übrigen Fällen die Geschäfte der Friedensrichter auf die Ortsvorsteher übergehen.

Die Vorschriften des Code Napoléon über das Verfahren sollen „mit Beobachtung des Wesentlichen" von den badischen Gerichten angewendet werden.

Diese Bestimmungen, sowie das Landrecht selbst sollten nach §. 2 des 1. Einf.Ed. am 1. Juli 1809 ins Leben treten, allein die landesherrliche Verordnung vom 22. Juni 1809 (Reg.Bl. No. 26) rückte diesen Termin auf den 1. Januar 1810 hinaus, und ehe derselbe eintrat, erfolgten wichtige gesetzliche Veränderungen bezüglich unseres Gegenstandes. Zunächst wurde hierwegen im Organisationsedikt vom 26. November 1809 geradezu der entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt. Dessen §. 3 benennt als Verwaltungsstellen unter

a) in staatsrechtlicher und staatspolizeilicher Hinsicht: Ortsvorgesetzte, Aemter, Kreisregierungen, Ministerium des Innern;

c) in gerichtlicher Hinsicht: Aemter, Hofgerichte, Oberhofgericht und Ministerium der Justiz.

Ueber den Geschäftsumfang der Aemter handelt Beil. lit. C., indem in §. 1—10 das Personelle geordnet, sodann in §. 10 — 18 deren Competenz in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Bezug auf die Strafgerichtsbarkeit festgesetzt, sodann in §. 18 auf das staatsrechtliche und Staatspolizeifach übergegangen und als Unterabtheilung davon in §. 19 das Regiminalfach, in §. 20 die

willkührliche Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria), in §. 21 die Aufsicht über Gewerbe und Zünfte, in § 22 die Sicherheitspolizei, in §. 23 die Gesundheitspolizei, in §. 24 die Armenpolizei, in §. 26. 27 die Aufsicht über die Gemeindsökonomie bezeichnet wird.

Hieraus ergibt sich nun schon ganz klar, daß die durch §. 20 den Aemtern zugewiesene jurisdictio voluntaria nicht ein Ausfluß ihrer richterlichen Befugnisse, sondern ein Attribut ihrer Stellung als Verwaltungsbehörde ist. Dieß bestätigt noch §. 27 der Beilage lit. C, wo ausdrücklich und im Gegensatze zur Gerichtsbarkeit in streitigen Rechtssachen und in Kriminaljustizsachen gesagt ist, daß als Gegenstand der administrativen Verwaltung namentlich auch die willkührliche Gerichtsbarkeit und überhaupt Alles anzusehen ist, was nicht unter jene Beiden fällt. —

Ferner ist in Beilage D §. 12 den Kreisregierungen, mithin einer reinen Verwaltungsbehörde, eine Reihe von Geschäften der willkührlichen Gerichtsbarkeit, und in Abs. e insbesondere auch die Aufsicht über die hierher gehörige Geschäftsführung der Aemter und Amtsrevisorate übertragen, wogegen in Beil. lit C. über Einrichtung und Geschäftskreis der Hofgerichte und des Oberhofgerichts nichts dergleichen vorkommt.

Damit steht endlich in Einklang, daß die nach dem Landrecht und Code Napoléon den Gerichten zugewiesenen Theilungen zufolge Beilage C. §. 38 lit. e und Schluß in Verbindung mit §. 20 lit. a von den Amtsrevisoraten unter Aufsicht der Verwaltungsbehörden besorgt werden sollen. —

Daß hieran das wenige Wochen nach diesem Gesetze ergangene II. Einf.Ed. zum Landrecht vom 22. Dezember 1809 nichts ändern wollte, ist schon nach der Zeit seines Erscheines zu vermuthen, und sagt dieß auch ausdrücklich, denn in seinem Eingang erklärt es, daß Alles, was veränderte Staatseinrichtungen voraussetze, „in suspenso" bleiben solle, und in §. 2 wird das I. Einf.Ed. insoweit aufgehoben, als es durch das Organisationsedikt vom 26. November 1809 und durch das II. Einf.Ed. modificirt worden ist. Es sind mithin die abweichenden Bestimmungen des Organisationsedikts hier für gültig erklärt, und nirgends besagt das II Einf.Ed., daß es an solchen etwas ändern wolle. Wenn daher die betreffenden Stellen des mit dem I. Einf.Ed. verkündeten Landrechts nicht nach Maßgabe des Organisationsedikts abgeändert wurden, so folgt daraus keineswegs deren Gültigkeit, da überhaupt keine neue Abfassung des Landrechts stattfand, sondern nach §. 1 des II. Einf.Ed. jenes frühere Werk beibehalten wurde, so daß selbst die Aufhebung des L.R.S. 1360 b durch §. 24 des II. Einf.Ed. keine Veränderung im Texte des Landrechts zur Folge hatte. Um das Landrecht nach seinem Willen zu gestalten, wählte der Gesetzgeber den Weg, daß er es in §. 1 des II. Einf.Ed. „unter den hier nachfolgenden Bestimmungen" als allgemein verbindliches Civilgesetzbuch erkläre, und zu diesen nachfolgenden Bestimmungen gehören nicht allein die in §. 3 ff. enthaltenen ausdrücklichen Abänderungen einzelner Sätze des Landrechts, sondern auch der Ausspruch in §. 2, welcher die Anordnung des Organisationsedikts ausdrücklich gegenüber dem I. Einf.Ed. und damit auch gegenüber dem Landrecht selbst sanktionirt, weßhalb der Wortlaut des Landrechts ebensowenig dem Organisationsedikt, als dem II. Einf.Ed. entgegensteht.

Muß man demnach die fortdauernde Gültigkeit des Organisationsedikts auch für unsere Frage anerkennen, so folgt daraus von selbst, daß die Zuweisung verschiedener nach dem Landrecht gerichtlicher Funktionen an die Verwaltungsbehörden durch eine Reihe von Sätzen des II. Einf.Ed. nicht den Sinn haben kann, als ob dessen grundsätzliche Zuweisung der Rechtspolizei an die Verwaltungsbehörden aufgehoben worden sei, sondern dieß lediglich eine Wiederholung und theilweise weitere Ausbildung einzelner Folgerungen jenes Grundsatzes ist, wozu schon um deßwillen Veranlassung vorhanden war, weil theilweise die einzelne Behörde zu bestimmen war, und theilweise das vom Landrecht vorgeschriebene Verfahren abgeändert wurde.

Mit vollem Recht hat daher meines Erachtens Stabel, Vorträge über den titre prél S. 104 — 107 sich dahin ausgesprochen, daß in Baden die gesammte freiwillige Gerichtsbarkeit den Gerichten abgenommen und den Verwaltungsbehörden übertragen worden ist, mithin letztere hierfür allein zuständig sind, so weit und so lange, als nicht die Sache die Natur einer streitigen annimmt.

In der Praxis ist jedoch diese Ansicht nie durchgedrungen, sondern man hält sich lediglich an das II. Einf.Ed. und betrachtet alle jene Rechtspolizeigeschäfte des Landrechts als gerichtlich, welche nicht im II. Einf.Ed. den Verwaltungsbehörden ausdrücklich zugewiesen sind. Diese Praxis ist nicht nur, wie Stabel a. a. O. sagt, principlos, sondern sie geräth auch in Widersprüche, wie sich an einem Beispiele leicht zeigen läßt. Nirgends hat das II. Einf.-

Ed. jene Bestimmungen des Landrechts abgeändert, welche die Thätigkeit der Gerichte bei Theilungen betreffen und in gewissen Fällen dieselbe für unbedigt nothwendig erklären, dessen ungeachtet betrachtet die Praxis von jeher und ohne jegliches Schwanken als gerichtliche Theilungen jene, welche von den Amtsrevisoraten unter Beobachtung der gesetzlichen Formen vorgenommen werden, was sich lediglich aus der oben erwähnten Bestimmung des sonst von der Praxis ignorirten Organisationsedikts rechtfertigen läßt.

Soweit die landrechtlichen Competenzbestimmungen über Rechtspolizeigeschäfte durch das II. Einführungsedikt ausdrücklich abgeändert sind, kann natürlich nach beiderlei Meinungen kein Zweifel obwalten, daß in solchen Fällen die Zuständigkeit der Gerichte aufgehoben ist. Annalen XX. No. 16. Hinsichtlich der vielen Fälle aber, in welchen keine ausdrückliche Abänderung besteht, kommt man zu einem ganz anderen Ergebniß, wenn man nach der von mir vertheidigten Ansicht die Rechtspolizei überhaupt aus dem Geschäftskreis der Gerichte ausschließt, und wenn man mit der Praxis hier das Landrecht für maßgebend, also diese Rechtspolizeigeschäfte für eine Obliegenheit der Gerichte ansieht.

So wenig ich nun auch die Praxis für richtig zu halten vermag, glaube ich ihr doch in diesem Aufsatze folgen zu müssen, wobei mich vorzugsweise die Betrachtung leitet, daß es sich um eine fest eingebürgerte Praxis in einer hochwichtigen Lehre handelt, gegen welche anzukämpfen vergeblich ist, und deren Aufgeben die größte Verwirrung erzeugen würde. Dazu kommt, daß diese Praxis kürzlich zwei bedeutende Siege errungen hat.

Bezüglich einer der Hauptfragen, nämlich hinsichtlich der Ermächtigung der Ehefrauen, ward durch Entscheidung eines Competenzconflicts (Annalen XXI. No. 29) die Zuständigkeit der Gerichte festgestellt, und in dem neuen Sportelgesetz vom 13. Mai 1856 §. 25 sind manche Rechtspolizeigeschäfte als gerichtlich bezeichnet, welche nach der von mir vertheidigten Meinung den Verwaltungsbehörden zufallen würden. Allerdings ist ein Sportelgesetz zur Abänderung der civilrechtlichen Gesetzgebung weder bestimmt noch geeignet, weßhalb man darin eine gesetzgeberische Lösung unserer Streitfrage nicht finden kann, wohl aber dient jene Vorschrift des §. 25 als Unterstützung der Praxis, indem darin eine sehr beachtenswerthe Anerkennung derselben liegt. Mehr läßt sich auch aus den Regierungsmotiven und aus den Commissionsberichten der beiden Kammern nicht entnehmen, denn letztere schweigen ganz, und die Motive zu §. 25 (im Entwurfe §. 24) sagen nur, daß derselbe eine Vervollständigung des Art. 5 Ziff. 4 des alten Sportelgesetzes durch Beifügung mehrerer gleichartiger Geschäfte sei.

Demnach werde ich bei der Untersuchung über die Competenz hinsichtlich der Rechtspolizeigeschäfte mit der Praxis davon ausgehen, daß die im Landrecht und dessen Anhang den Gerichten zugewiesenen Rechtspolizeigeschäfte denselben verbleiben, sofern sie ihnen nicht durch das II. Einführungsedikt ausdrücklich entzogen sind. Um nun dieß Gebiet der richterlichen Thätigkeit richtig abzugrenzen, ist es nöthig, die vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Fälle abzusondern. Bei der Aufzählung der Fälle beider Art soll die Legalordnung des Landrechts und des Handelsrechts möglichst eingehalten und der Vollständigkeit wegen Manches eingereiht werden, was, obwohl nicht auf ausdrücklichen Bestimmungen dieser Gesetzbücher beruhend, doch damit im Zusammenhange steht.

Hiermit ist zugleich die Grenze dieses Aufsatzes angedeutet, welcher also nicht das ganze weite Gebiet der Rechtspolizei, sondern nur die bezeichneten Theile desselben zum Gegenstand hat.

A. Rechtspolizeiliche Geschäfte der Verwaltungsbehörden.

1) Die Aufsicht über Führung der bürgerlichen Standesbücher. Die im Landrechte den Gerichten übertragenen Verrichtungen, soweit sie nicht, wie die in Satz 41 befohlene Paraphirung, durch §. 6 des II. Einf.Ed. in Verbindung mit der landesherrlichen Verordnung vom 29. Mai 1811, die Einrichtung der bürgerlichen Standesbücher und die Schließung der Ehe betr. (Reg Bl. No 16), ganz aufgehoben sind, werden zufolge der allegirten Bestimmungen von den Verwaltungsbehörden besorgt, nemlich: Aufbewahrung der Doppelschriften der bürgerlichen Standesbücher, L.R.S. 43. 44, ferner Ausspruch von Ordnungsstrafen gegen die Beamten des bürgerlichen Standes, L.R.S. 50 und 68, (die in L.R.S. 52 erwähnten Fälschungen gehören selbstverständlich nicht in das Gebiet der Rechtspolizei, sondern sind gerichtlich strafbare Verbrechen, St.G.B. §. 471. 423 ff.), endlich Berichtigung der bürgerlichen Standesscheine, L.R.S. 99—101. §. 9 des II. Einf.Ed.

2) Das Abwesenheitsverfahren, namentlich die Bestellung von Abwesenheitspflegern (L.R.S.

112), die Verschollenheitserklärung (L.R.S. 115 ff.), die fürsorgliche und endgültige Vermögenseinweisung (L.R.S. 120. 129), die Bestellung von Pflegern für die Kinder von Abwesenden (L.R.S. 142. 143), §. 10 des II. Einf.-Edikts. Mit Recht wurde daher in dem, Annalen XXI. S. 338, mitgetheilten Falle angenommen, daß erst nach Ertheilung der Einweisung von Seiten der Verwaltungsbehörde der Berechtigte richterliche Hülfe begehren darf.

3) Thätigkeit der weltlichen Behörden bei der Eheschließung, namentlich Ertheilung der Heirathserlaubniß (der sog. Trauscheine §. 17 der Eheordnung vom 15. Juli 1807), nach Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse L.R.S. 144 ff.), Erledigung von Einsprachen wider die Ehe (L.R.S. 172 ff.), Ausspruch von Ordnungsstrafen gegen die bürgerlichen Standesbeamten (L.R.S. 156. 192. 193), §. 8 des II. Einf.Ed. §. 12 der landesherrlichen Verordnung vom 29. Mai 1811 Reg.-Bl. No. 16.

4) Ehestreitigkeiten, sofern sie nicht als auf Nichtigkeitserklärung oder Scheidung einer Ehe gerichtet, vor die Gerichte gehören (§ 11 des II. Einf.Ed. L.R.S. 203 a 311 a), mit Ausnahme der, streng genommen nicht hierher gehörigen, Strafen gegen einen Ehetheil wegen fortdauernder Unverbesserlichkeit in Uebertretung der Ehepflichten (§. 27 der Ehe-Ord.), welche gemäß §. 16. Z. 28 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 von den Gerichten zu erkennen sind.

5) Annahme an Kindesstatt (Anwünschung), nemlich die in Satz 353 des Code Napoléon dem Friedensrichter und des Landrechts dem ordentlichen Richter zugetheilte Aufnahme der Urkunde und die in L.R.S. 355 ff. verordnete Bestätigung der Anwünschung. §. 13 des II. Einf.Ed.

6) Pflegvaterschaft. Nach L.R.S. 363 führt der Bezirksrichter, unter welchem das Kind seinen Wohnsitz hat, ein Protokoll über das auf die Pflegvaterschaft sich beziehende Gesuch und über die gegebene Einwilligung. — Nun ist zwar die in L.R.S. 361 geforderte Beistimmung des Familienraths nach §. 5. 19 des II. Einf.Ed. durch jene der Verwaltungsbehörde ersetzt, sonst aber wird des Instituts der Pflegvaterschaft im II. Einf.Ed. weiter nicht gedacht, und der Gesetzesentwurf vom Jahr 1848 „die den Gerichten überwiesenen Geschäfte der Rechtspolizei betreffend" sowie die darüber in beiden Kammern erstatteten Berichte (Verhandlungen der II. Kammer vom Jahr 1847—49. Beilagenheft VIII. S. 273 ff. IX. S. 201 ff. X. S. 87 ff. Protokollheft X. S. 265 ff.), haben das, in Baden freilich wenig gebräuchliche, Institut ganz übersehen.

Indessen wird schon die Aehnlichkeit mit der Anwünschung dazu führen, die in L.R.S. 363 dem Gerichte übertragene Verrichtung den Verwaltungsbehörden zuzuweisen, zumal §. 13 des II. Einf.Ed. zu dem ganzen 8. Titel des 1. Buchs gegeben ist, und daher, obwohl nur von der Annahme an Kindesstatt sprechend, auch auf die im zweiten Kapitel abgehandelte Pflegvaterschaft ausgedehnt werden darf.

7) Einsperrung eines Minderjährigen auf Antrag des Vaters oder der überlebenden Mutter. L.R.S. 376 ff. §. 14 des II. Einf.Ed. Letztere Gesetzesstelle erwähnt zwar nicht den L.R.S. 376, sondern nur 377. 382, doch muß er wegen Gleichheit des Falls auch darunter gezogen werden, wie dieß die neueste Ausgabe des Landrechts (1854) in der Note zu L.R.S. 376 thut.

8) Das ganze Vormundschaftswesen bezüglich Minderjähriger, also Bestellung, Bestätigung und Entlassung der Vormünder, Aufsicht über die Vermögensverwaltung, Bestätigung gewisser Rechtsgeschäfte und die Rechnungsstellung. L.R.S. 388—475. II. Einf.Ed. §. 5. 15—21. Hierher gehört auch die Fürsorge bei Aftererbeinsetzungen in L.R.S. 1056 ff.

9) Die Gewaltsentlassung Minderjähriger und die Aufsicht über die Verwaltung von deren Vermögen, sowie die Zurücknahme der Gewaltsentlassung. Hierher gehört auch die besondere Ermächtigung von emancipirten Minderjährigen zum Betrieb von Handelsgeschäften. H.R.S. 2. 3. Schon das Landrecht hat in Satz 477. 478. 485 statt des im Code Napoléon genannten Friedensrichters den Ortsvorsteher als mitwirkende Behörde bezeichnet, und das II. Einf.Ed. §. 5. 16. 19 hat auch im Uebrigen die Verwaltungsbehörden substituirt.

10) Die Entmündigung und Mundtodmachung und deren Wiederaufhebung, die Ernennung von Beiständen und Vormündern und die Fürsorge für die Person und das Vermögen der Entmündigten und Mundtodten. L.R.S. 489—515. II. Einf.Ed. §. 22. 23 und L.R.S. 509. 513 a in Vergleich mit dem unter Z. 8 Gesagten.

11) Erbschafts- und Gemeinschaftstheilungen, sofern darüber kein Rechtsstreit obwaltet. Das Landrecht überträgt in Satz 466. 819

ff. dies Geschäft den Gerichten insofern, daß sie theils selbst, theils durch Ernennung eines Gerichtsdeputirten, eines Sachverständigen und eines Staatsschreibers, welche das Weitere besorgen, thätig sind. Ob dies auch jetzt noch Anwendung findet, ist namentlich deßhalb wichtig, weil nach L.R.S. 466. 838. 840 in dem Falle, wenn nicht alle Erben anwesend, oder einige derselben mundlos oder minderjährig sind, nur eine gerichtliche Theilung als endgültig und jede andere als fürsorglich gilt. Mayer in den Blättern für Justiz und Verwaltung Bd. I. S. 406 hat nun nachzuweisen versucht, daß wirklich auch jetzt noch die Gerichte zuständig seien, allein, wie schon oben bemerkt wurde, hat die Praxis von jeher der Ansicht gehuldigt, daß die Staatsschreibereibehörden (Amtsrevisorat und Notare) als Theilungsbehörde zu fungiren haben (oberhofg. Jahrb. n F. VIII. S. 511. Annalen XVII. S. 359. Muncke, Vorträge S. 215), und wenn man mit uns die fortdauernde Gültigkeit der Bestimmungen des Organisationsedikts über die freiwillige Gerichtsbarkeit annimmt, bedarf diese Praxis weiter keiner Rechtfertigung, da jenes Gesetz die fragliche Anordnung ausdrücklich getroffen hat. Org.Ed. Beil. C. Z. 20. 39. Beil. D. Z. 12. Ist man hierin abweichender Meinung, so ist kein Grund einzusehen, weßhalb gerade nur die einzelne Vorschrift des Org.Ed. über Erbtheilung anwendbar sein soll, da sie im II. Einf.Ed. nicht vorkommt, namentlich die bisweilen angeführten §§. 5 und 20 nichts darüber enthalten, welche Behörde die Theilung vornehmen soll. Eben dieß ist der Fall mit der Waisenrichterordnung vom 18. April 1810 (Reg.Bl. No. XVIII), und insbesondere mit deren §. 5.

Der Tarif zu dem Gesetze vom 13. Oktober 1840 (Reg.Bl. No. 33), über die Gebühren für die von Amtsrevisoren und Theilungscommissären besorgten rechtspolizeilichen Geschäfte in Tit. I. benennt allerdings als eines dieser Geschäfte die Vornahme von Theilungen, allein dieß muß nicht gerade den Sinn haben, daß Amtsrevisoren und Notare im Allgemeinen die Theilungsbehörde bilden, sondern läßt sich auch so auslegen, daß in den Fällen, in welchen sie Theilungen vornehmen, die benannten Gebühren erhoben werden sollen, und solche Fälle sind, selbst wenn man an der Nothwendigkeit der gerichtlichen Theilung festhält, denkbar, da L.R.S. 819 den Erben, sofern sie alle anwesend oder hinreichend vertreten und volljährig sind, jede beliebige Art der Theilung, also auch jene durch Staatsschreiber, freistellt.

Ueber die der Theilung vorhergehenden und dieselbe vorbereitenden Akte, nämlich Versieglung, Entsieglung und Erbverzeichniß gibt das Landrecht nur wenige Vorschriften (Satz 819 ff.) und verweist hinsichtlich der Förmlichkeit derselben in Satz 821 auf die Pr.O. Für Frankreich ist auch durch Art. 907—944 C. de proc. civ. das nöthige hierwegen bestimmt, nicht so in unserer bürgerlichen Prozeßordnung.

Das Organisationsedikt in Beil. I. lit. C. No. 39 Abs. e überträgt diese Geschäfte den Amtsrevisoraten, beziehungsweise den Amtsrevisoratsscribenten, und die Rechtsbelehrung vom 7. März 1810 (Reg.Bl. No. 11) wiederholt dieß bezüglich der Inventuren; die Verordnung vom 7. September 1841 (Reg.Bl. No. 30) bestimmt unter Aufhebung jener Rechtsbelehrung, in welchen Fällen die Errichtung der Erbverzeichnisse von den Rechtspolizeibehörden geschieht, ferner in Art. 3, in welchen Fällen die Versieglung zu bewirken ist, und verbindet damit die Vorschrift, daß zu deren Vornahme verpflichtet sind:

a) der Amtsrevisor und die Theilungscommissäre, unter Beiziehung von 2 Zeugen;
b) an Orten, an welchen weder der Amtsrevisor noch ein Theilungscommissär gegenwärtig ist, der Bürgermeister, welcher den Rathschreiber und Waisenrichter beizuziehen hat.

Durch die landesherrliche Verordnung vom 25. November 1841 (Reg.Bl. No. 38) und die hiezu ergangene Instruction vom 4. Januar 1842 (Reg.Bl. No. 1) sind die fraglichen Geschäfte den Districtsnotaren übertragen worden, mit Ausnahme der Obsignationen, welche unter den in der Verordnung vom 7. September 1841 bezeichneten Voraussetzungen auch noch fernerhin von den Bürgermeistern zu besorgen sind. (§. 13 der landesherrlichen Verordnung vom 25. November 1841 und §. 8 der Instruction vom 4. Januar 1842.)

Bezüglich der Entsieglung und der Erbverzeichnisse hat dieß, da eine landrechtliche Bestimmung nicht entgegensteht, keinen Anstand, anders aber verhält es sich hinsichtlich der Versieglung, denn für diese ist durch den im II. Einf.Ed. nicht abgeänderten L.R.S. 819 festgesetzt, daß sie von dem Bezirks Gerichte oder dem Ortsvorsteher vorgenommen werden sollen. Auch läßt sich die Zuständigkeit der Notare nicht dadurch rechtfertigen, daß die Obsignationen in §. 16 des oben erwähnten Tarifs aufgeführt sind, da hier die gleiche Auslegung, wie in dem obigen Falle, zulässig ist.

Demnach kann man sowohl bezüglich der Obsignatio-

nen als auch bezüglich der Erbtheilungen die Praxis nur darauf gegründen, daß die betreffenden Landrechtssätze durch das Organisationsedikt abgeändert sind, was freilich bei dem Stillschweigen des II. Einführungsedikts mit der Grundansicht der Praxis im Widerspruche steht. Wenn ich im Eingang erklärte, bei diesem Aufsatze den Standpunkt der Praxis einnehmen zu wollen, und dessenungeachtet im vorliegenden Fall, deren Grundsatz verlassend, mich einer Inconsequenz der Praxis anbequeme, so läßt sich die letztere Fügsamkeit leicht entschuldigen, da sie mit der von mir befürworteten allgemeinen Gültigkeit des Organisationsedikts im Einklang ist, und eben auch einer constanten Praxis huldigt, welche ohne schwere Nachtheile nicht aufgegeben werden kann.

Das Gesagte findet auch auf alle anderen Theilungen Anwendung, so daß auch für diese die Staatsschreiberei-Behörden in gleicher Weise, wie für Erbtheilungen, zuständig sind, also für Theilungen von ehelichem Gemeinschaftsvermögen (L.R.S. 1456. 1476), von anderen gemeinschaftlichen Sachen (L.R.S. 1688) und von Gesellschaftsvermögen. (L.R.S. 1872. 1873, verglichen mit H.R.S. 51.)

12) Bestätigung von Vermögensübergaben. Im Hinblicke auf L.R.S. 1100 aa I. Einf.Ed. §. 18, II. Einf.Ed. §. 2 wird man, abgesehen von der Frage, welche Folgen die Unterlassung hat (oberh. Jahrb. n. F. Bd. VIII. S. 465, IX. S. 56, X. S. 38, Magazin Bd. I. S. 163, Annalen XV. S. 328, XVII. S. 109) daran festhalten müssen, daß eine obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung der Vermögensübergaben zufolge §. 1. 11. 12. 31 des Gesetzes vom 15. September 1807 (Reg.Bl. No. 35, erneuert Reg.Bl. 1808 pag. 81 ff.) auch jetzt noch nothwendig ist, und nach eben diesen Gesetzesstellen in Verbindung mit §. 13 allda, erscheint dieß als eine Obliegenheit der Verwaltungsbehörde, welche auch den Altersdispens zu ertheilen hat.

13) Darlegung und Hinterlegung der Zahlung. Die Darlegung der Zahlung (L.R.S. 1257) ist jedenfalls ein Geschäft der Notare. L.R.S. 1258 Z. 7 und §. 16 des Tarifs zu dem Gesetze über die Gebühren für die Geschäfte der Rechtspolizeiverwaltung, Reg.Bl. 1840 No. 33. Da nun L.R.S. 1259 sagt, daß es zur Gültigkeit einer, der Darlegung der Zahlung nachfolgenden, Hinterlegung keiner richterlichen Ermächtigung bedarf, so sind in der zu dem Gesetz über die Hinterlegungskasse vom 3. August 1837 (Reg.Bl. No. 26) ergangenen Vollzugsverordnung vom 28. Dezember 1837 (Reg.Bl. 1838 No. 1) die Amtsrevisoren auch mit den hier einschlagenden Verrichtungen betraut worden, was Stabel, titre prél. S. 107 Note * wohl mit Recht als zu weit ausgedehnt ansieht.

Natürlich sind die mit der Darlegung von Zahlungen nicht in Zusammenhang stehenden Hinterlegungen, z. B. von Cautionen, ferner in den Fällen von L.R.S. 1961 den Gerichten, soweit sie in deren Geschäftskreis fallen, nicht entzogen, sondern vielmehr durch §. 3. 4 der angeführten Vollzugsverordnung und die Depositenordnungen vom 1. Dezember 1814, Reg.Bl. No. 21, sowie vom 27. Oktober 1825, Reg.Bl. No. 26 und vom 31. Dezember 1856, Reg.Bl. 1857 No. 1 ausdrücklich belassen. Ebenso verbleibt es bei der Bestimmung des L.R.S. 1264, daß, wenn die schuldige Sache ein bestimmtes Stück und da abzuliefern ist, wo es sich befindet, zu deren Wegschaffung nach geschehener Aufforderung des Gläubigers gerichtliche Erlaubniß nothwendig ist.

14) Dienstbotenstreitigkeiten in gewissen Fällen. Das Landrecht betrachtet in Satz 1779 ff. die Stellung der Dienstleute zur Herrschaft als den civilrechtlichen Vertrag des Dienstverdings, mithin als Gegenstand der richterlichen Entscheidung. Die Gesindeordnung vom 15. April 1809, Reg.Bl. No. 19 faßt dagegen das ganze Verhältniß als einen Gegenstand der Polizei auf, und beide Anschauungsweisen haben innere Berechtigung. Ob nun vorkommenden Falls Gericht oder Polizei zuständig ist, beantwortet ein in Rettig, Polizeigesetzgebung §. 1303 mitgetheilter Erlaß des Ministeriums des Innern dahin, daß Dienstbotenstreitigkeiten nur so lang polizeilich behandelt werden sollen, als keine förmliche Civilklage erhoben wird, womit jedenfalls die Zuständigkeit der Gerichte nicht beschränkt ist. Pr.O. § 642 Ziff. 4 mit §. 1 und 4.

15) Versicherungswesen. Das Landrecht erwähnt die Assekuranzverträge nur beiläufig in Satz 1964 als unter eigenen Gesetzen stehend, und die deßfallsigen Bestimmungen im französischen Handelsgesetzbuch (Code de comm. Art. 332 ff.) sind, wie das ganze Seerecht, in unser Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen worden, obwohl gerade diese Vorschriften von der französischen Praxis auf das Versicherungswesen im Allgemeinen angewendet werden. So besitzen wir nur Spezialgesetze über die Fahrnißversicherungen gegen Feuersgefahr vom 30. Juli 1840 (Reg.Bl. No. 28), mit der Vollzugsverordnung vom

3. November 1840 (Reg.Bl. No. 36), und über die Feuerversicherungsanstalt der Gebäude vom 29. März 1852 (Reg.Bl. No. 14), mit den Vollzugsverordnungen vom 2. August 1852 (Reg.Bl. No. 40), und vom 17. November 1855 (Reg.Bl. No. 44. S. 308). An der Spitze des Gesetzes über die Fahrnißversicherungen steht in §. 1 der Grundsatz: „Die Fahrnißversicherungen gegen Feuersgefahr unterliegen der polizeilichen Aufsicht und Controle" und dieß ist dann durch Gesetz und Verordnung weiter entwickelt, ohne daß jedoch damit die Rechtsstreite zwischen Versicherer und Versichertem den Gerichten entzogen wären. Die Landesfeuerversicherungsanstalt der Gebäude dagegen untersteht mit Ausnahme eines einzigen Falls (Reg.Bl. 1852 No. XIV. §. 48), selbst bezüglich vorkommender Streitigkeiten lediglich den Verwaltungsbehörden, was nach der Annalen XXI. No. 34 mitgetheilten Entscheidung eines Competenzconflicts dahin ausgelegt wird, daß auch dann die Thätigkeit der Gerichte ausgeschlossen bleibt, wenn es sich um die Frage handelt, ob das abgebrannte Gebäude dem Brandstifter oder einem Dritten gehört, und demnach die Brandentschädigungssumme verweigert oder ausbezahlt werden muß.

(Vergl. über das Versicherungswesen die Erörterung in meinem Aufsatz „Mittheilungen über den preußischen Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs." Annalen XXIV No. 22.)

16) Führung des Faustpfandbuches. Zur Gültigkeit von Faustpfandverträgen, deren Gegenstand den Werth von 75 fl. erreicht oder übersteigt, ist nach L.R.S. 2074 die Eintragung in öffentliche Bücher erforderlich, sofern nicht öffentliche Urkunde vorliegt. Wer diese öffentlichen Bücher zu führen hat, sagt das Landrecht nicht, und die Instructivverordnung vom 7. April 1826 (Reg.Bl. No. 10) betraut damit die Amtsrevisorate. Uebrigens bestehen von dieser landrechtlichen Vorschrift mehrere Ausnahmen, nämlich bezüglich der Faustpfandverträge der Amortisationskasse (Gesetz vom 22 Juni 1837, Reg.Bl. No. 18) und der Eisenbahnschuldentilgungskasse (Gesetz vom 28. März 1844, Reg.Bl. No. 7), sowie der Leih- und Pfandhäuser (Gesetz vom 6. April 1854, Reg.Bl. No. 20), ferner bezüglich der Preßkautionen (§. 6 des Preßgesetzes vom 15. Februar 1851, Reg.Bl. No. 12).

Gelegenheitlich will ich auf eine kleine Abweichung des Landrechts von dem französischen Urtext aufmerksam machen; Art. 2074, Abs. 2 des Code Napoléon lautet nemlich übereinstimmend mit Art. 1341 so, daß bei Gegenständen, deren Werth die Summe von 75 fl. nicht übersteigt, die schriftliche Abfassung und Eintragung des Faustpfandvertrags erlassen sein soll, während unser Landrecht von Gegenständen spricht, deren Werth unter 75 fl. beträgt, so daß bei uns schon das Vorhandensein von 75 fl., in Frankreich aber erst das Uebersteigen dieser Summe zur Einhaltung der Vorschriften des Abs. 1 von 2074 verpflichtet. Wenn auch Brauer die Absicht einer Aenderung des Code Napoléon nicht ausdrücklich erwähnt, so spricht er doch in Bd. IV. seiner Erläuterungen S. 87 zu Satz 2074 ebenfalls davon, daß, „wenn das Faustpfand nicht geringfügig, d. h. unter 75 fl. am Werth ist, Schriftlichkeit und Eintragung nothwendig ist," drückt sich also übereinstimmend mit dem Landrechte aus, so daß dessen abweichende Fassung ohne Zweifel für uns maaßgebend ist. I. Einf.Ed. §. 1. II. Einf.Ed. §. 1. Stabel, titre prél. S. 95. Stabel, Pfandrecht, §. 3 S. 5. Zur Bestätigung dient, daß auch die angeführte Instructivverordnung vom 7. April 1826 den L.R.S. 2074 in gleicher Weise auffaßt, indem es in deren Eingang heißt: Nach dem L.R.S. 2074 soll das Vorrecht des Faustpfandgläubigers bei Gegenständen, die den Werth von 75 fl. und darüber haben, nur stattfinden, wenn eine öffentliche Urkunde oder eine in öffentliche Bücher eingetragene Privaturkunde über den Betrag der Schuld und die Beschaffenheit des Pfandstücks vorhanden ist."

17) Die Aufsicht über ordnungsmäßige Führung der Grund- und Pfandbücher. Zufolge der Bestimmung in Beil. C. §. 20 Abs. i des Org.Ed. gehört dies als Theil der willkürlichen Gerichtsbarkeit, mithin nach der obigen Erörterung als eine administrative Thätigkeit in den Geschäftskreis der Aemter, weßhalb und im Hinblicke auf §. 19 Abs. g a. a. O. das unterrheinische Hofgericht mit Recht ausgesprochen hat, daß das Erkenntniß der in L.R.S. 2202. 2203 gedrohten Ordnungsstrafen den Verwaltungsbeamten zusteht. Annalen XXI. S. 56.

Nirgends ist diese Competenzbestimmung abgeändert, und vielmehr geben die sofort zu besprechenden Vorschriften des II. Einf.Ed. zu erkennen, daß dieser Grundsatz volle Gültigkeit hat. Vergl. auch die Justizministerial-Verordnung vom 3. Februar 1845 über die Prüfung der Grund-, Pfand- und Lagerbücher. V.Bl. des Unterrheinkreises 1845 No. 6.

Der Praxis freilich sollte dies Alles eigentlich nicht genügen, um die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden anzunehmen, weil ein bestimmter Ausspruch des II. Einf.-

Ed. fehlt; aber sie ist eben auch in dieser Inconsequenz consequent. Die in L.R.S. 2201 dem Gerichte übertragene Paginirung und Paraphirung der Pfandbücher wird daher, ebenso wie die in §. 3 der Gewährbuchs-Instruction vom 9. Januar 1824 vorgeschriebene Paginirung und Paraphirung der Grundbücher von den Verwaltungsbeamten vorzunehmen sein.

18) Die Fürsorge für Eintragung der gesetzlichen Pfandrechte von Ehefrauen, Minderjährigen und Mundlosen. Zunächst sollen die Betheiligten und deren Vertreter, deren Verwandte und Freunde das Nöthige vorkehren (L.R.S. 2136, 2137, 2139. II. Einf.Ed. §. 26. Abs. 5), und sofern von dieser Seite nichts geschieht, soll der Kronanwalt die erforderliche Eintragung bei Gericht begehren. L.R.S. 2138. Da wir gemäß II. Einf.Ed. §. 4 in Civilsachen keine Staatsanwälte haben, und da gemäß II. Einf Ed. §. 17 das Institut der Gegenvormünder nicht eingeführt wurde, so verordnet II. Einf.Ed. §. 27 zu Satz 2138 ganz folgerichtig, daß die Aemter bei Ausfertigung der Trauscheine und bei Bestellung der Vormünder (mithin zufolge der Erörterung unter Z. 3. 8 die Verwaltungsbehörde) die Parteien auffordern sollen, sich zur Einschreibung der Pfandrechte zu melden, und daß dieselben bei Vormundschaften statt des Gegenvormunds diese Einschreibung förmlich verlangen sollen. Ueberdies ist durch die Rechtsbelehrung vom 10. März 1810 Reg.Bl. No. 12 den Ortsvorgesetzten und Waisenrichtern zur Pflicht gemacht, nachzusehen, daß die in ihrem Bezirke bestehenden Vormundschaften gehörig zum Pfandbuch angezeigt werden. Vrgl. §. 7 der Waisenrichter-Ordnung. (Reg.Bl. 1810 No. 18.)

19) Beschränkung des gesetzlichen Pfandrechts von Ehefrauen, Minderjährigen und Mundlosen. Die Vorschriften in L.R.S. 2143—2145 sind durch das II. Einf.Ed. §. 4. 5. 17. 28 dahin abgeändert, daß über die deßfallsigen Gesuche der Vormünder und Ehemänner die ordentliche Obrigkeit im polizeilichen Wege beschließt. Das Verfahren wurde durch ein Annalen XX. S. 172 mitgetheiltes Justizministerial-Generale vom 8. April 1853 No. 3138 neu regulirt. Vrgl. §. 20 der Pfandschreiberei-Instruction von Reichlin S. 41.

Damit ist denn auch die Competenzbestimmung des L.R.S. 2161 insofern abgeändert, als gesetzliche Pfandrechte von Ehefrauen oder Minderjährigen in Frage stehen, dagegen verbleibt die Beschränkung aller anderen Vorzugs- und Pfandrechte, z. B. der richterlichen Pfandrechte und der Vorzugsrechte des Staats ꝛc. eine Function der Gerichte, sofern sie nicht freiwillig geschieht. Zachariä, fr. C.R. Bd. II. §. 275.

20) Führung des Offenkundigkeitsbuches. Schon L.R.S. 1445 gebietet bezüglich der Vermögensabsonderung von Handelsleuten eine besondere Art der Bekanntmachung durch Anschlag des Urtheils in dem Saale des Handelsgerichts (vrgl. H.R.S. 66), und das Handelsrecht verordnet in einer Reihe von Fällen theils diese Verkündigung, theils auch noch jene durch Eintrag in ein öffentliches Buch bei dem Handelsgerichte, theils endlich im Allgemeinen die öffentliche Bekanntmachung. Da die ersteren Vorschriften wegen Mangels von Handelsgerichten bei uns unausführbar, die letzteren aber zu unbestimmt waren, erschien eine Verordnung großh. Justizministeriums vom 8. Juli 1812 (Reg.Bl. No. 22), welche in allen jenen und in einigen vom Handelsgesetzbuch nicht bekannten Fällen den Eintrag in ein von dem Amtsrevisorate jedes Kreises zu führendes offenes Buch gebot. Ohne diese Verordnung ausdrücklich aufzuheben, erfolgte eine landesherrliche Verordnung vom 9. August 1827 (Reg.Bl. No. 19), die sich auf die im Handelsgesetzbuch vorkommenden Fälle beschränkt und in dieser Beziehung unzweifelhaft die ältere Verordnung beseitigt. Die weiter gehenden Bestimmungen der Verordnung vom 8. Juli 1812 dürften, sofern sie nicht mit dem Handelsgesetzbuch in Widerspruch stehen, auch jetzt noch gültig sein, werden aber meines Wissens von der Praxis nicht mehr befolgt. Wenn jedoch die Verordnung vom 8. Juli 1812 den Eintrag in das öffentliche Buch in Z. 2 auch für den Gewaltsumfang der Handelsverwalter vorschreibt, während H.R.S. 7 b hier nur die Bekanntmachung durch Schreiben an die Kaufleute des Orts und an die Handelsfreunde verlangt, so liegt darin eine Abänderung des Gesetzes, welche im Wege der Verordnung nicht erfolgen konnte, und mithin keinen Anspruch auf Gültigkeit hat.

Zufolge dieser Verordnung vom 9. August 1827 tritt in den Fällen von H.R.S. 2. 3. 42. 46. 66. 67. 69 an die Stelle des Anschlags in den Handelsgerichtssälen und des Eintrags in die Bücher des Handelsgerichts der Eintrag in ein bei jedem Amtsrevisorate zu haltendes offenes Buch. Nach No. 2 der jener Verordnung beiliegenden Instruction soll das Offenkundigkeitsbuch von dem Amt paraphirt werden, was jetzt von der Bezirksverwaltungsbehörde zu besorgen sein wird. (Fortsetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 2.

I.

Ueber die Rechtspolizeigeschäfte der Gerichte.

(Fortsetzung.)

21) Ertheilung der Staatsgenehmigung zur Errichtung einer unbenannten Gesellschaft und zu Vergleichen der Gemeinden, Körperschaften und Staatsanstalten. Obgleich es sich hier nicht um rechtspolizeiliche, sondern vielmehr um staatspolizeiliche Akte handelt, wollen wir doch der Vollständigkeit halber zum Schlusse auch deren noch gedenken. Bezüglich der in H.R.S. 37 vorgeschriebenen Erfordernisses für unbenannte Handelsgesellschaften ist zu bemerken, daß schon in der Gesetzesstelle selbst die Ertheilung der Genehmigung als zum Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden gehörig bezeichnet ist, und daß neuerdings durch landesherrliche Entschließung (bekannt gemacht durch Verordnung vom 27. Juli 1852 Reg.Bl. No. 37 S. 331), die ausschließliche Zuständigkeit des Ministeriums des Innern ausgesprochen worden ist.

Gemeinden, Körperschaften und Staatsanstalten können sich nur mit ausdrücklicher Ermächtigung des Staatsoberhaupts vergleichen. L.R.S. 2045 verglichen L.R.S. 587. Für die Vergleiche der Gemeinden gelten jetzt besondere Vorschriften. Gemeindeordnung §. 125. 151 und die Verordnung in Reg.Bl. 1834 No. 34.

B. Rechtspolizeiliche Geschäfte der Gerichte.

Hier bedarf es zunächst der Erinnerung, daß im Vorhergehenden des Zusammenhangs wegen unter Z. 4. 13. 14. 19 einige Obliegenheiten der Gerichte aufgeführt worden sind, welche freilich vom rechtswissenschaftlichen Standpunkt aus, größten Theils nicht unter die Rechtspolizei gehören.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

1) Empfangnahme der Erklärungen über Veränderung des Wohnsitzes. Nach L.R.S. 104 soll diese Erklärung bei den Gerichten des alten und neuen Wohnsitzes abgegeben werden, und das II. Einf.Ed. hat nichts daran geändert. Indessen hat der Wohnsitz nicht nur eine privatrechtliche, sondern auch eine öffentlich-rechtliche Bedeutung (z. B. §. 43 Z. 3 der Wahlordnung für die Erwählung der Abgeordneten für die erste und zweite Kammer der Landstände), weßhalb im Hinblick auf Org.Ed. Beilage I. lit. C. §. 18. 19 überwiegende Gründe dafür sprechen, daß hier nicht die Gerichte, sondern die Bezirksverwaltungsbehörden zuständig sind. Hält man sich freilich an die Eingangs erwähnte und bekämpfte Praxis, so ist der Wortlaut des Landrechts entscheidend.

2) Ermächtigung der Ehefrauen zu Rechtshandlungen. Diese Ermächtigung ist im Landrecht (Satz 218 ff. 776. 1427. 1428a. 1449. 1555. 1558. 1559. 1576 H.R.S. 7), überall den Gerichten zugewiesen, und die mit der oben erörterten allgemeinen Frage zusammenhängende Controverse, ob dieß noch jetzt gültig sei, hat durch die in Annalen XXI. No. 29 mitgetheilte Entscheidung eines Competenzconflicts dahin ihre Erledigung gefunden, daß die Zuständigkeit der Gerichte angenommen wurde. Vrgl. §. 25 des Sportelgesetzes und Annalen XXIV. S. 360.

3) Die Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung. Obwohl es sich hier in Wahrheit mehr um die Beurkundung der beharrlichen Ehescheidungsabsicht der Ehegatten handelt (L.R.S. 233), so hat doch das II. Einf.Ed. §. 12 die Zuständigkeit der Gerichte beibehalten, weil zufolge §. 11 allda das Erkenntniß über Eheauflösung den Gerichten übertragen ist, und auch bei dieser Scheidungsart vielfach Rechtsfragen zu prüfen sind.

4) Erbeinsetzung der natürlichen Kinder, des überlebenden Ehegatten und des Staats. Zufolge L.R.S. 724. 770. 773 ist dies eine Obliegenheit der Gerichte, und, wenn auch abweichende Urtheile ergingen, so hat doch das Oberhofgericht in älterer und neuerer Zeit sich für die richterliche Competenz ausgesprochen. Annalen **XIV.** S. 197. 265. **XX.** S. 122. **XXIII.** S. 334. Vrgl. §. 25 des Sportelgesetzes, welcher die Einweisung in die Gewähr einer Erbschaft unter den Rechtspolizeigeschäften der Gerichte aufführt, Annalen **XXIV.** S. 360.

5) Führung des Buchs der Entsagungen auf Erbschaften. Die Entsagung auf eine angefallene Erbschaft, der Erbantritt unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses und der Verzicht einer Ehefrau auf das Vermögen der Gütergemeinschaft sollen in das von den Bezirksgerichten geführte besondere Buch der Entsagung auf Erbschaften eingetragen werden. L.R.S. 484. 793. 1457. Ausdrücklich ist dies nirgends geändert, weßhalb die mehrerwähnte Praxis allen Grund hätte, dieses Geschäft als eine gerichtliche Function anzusehen, dessenungeachtet wurde bisher, soweit meine Erfahrungen reichen, das Buch der Entsagungen regelmäßig von dem Administrativbeamten geführt. In der Annalen **XXIV.** S. 360 mitgetheilten Justizministerialentschließung ist in neuester Zeit wieder die gerichtliche Zuständigkeit ausgesprochen worden.

6) Ernennung des Erbpflegers für lediges Erbe. Gemäß L.R.S. 812 soll diese Ernennung von dem Gerichte erster Instanz geschehen, und nirgends ist die Competenz anders bestimmt. Betrachtet man es als einen Theil des Pflegschaftswesens überhaupt, so müßte man nach dem oben unter **A.** 2 und 8 Gesagten eine Verwaltungssache annehmen, als welche es auch in einer Annalen **XXI.** S. 134 mitgetheilten Entscheidung des unterrheinischen Hofgerichts betrachtet zu werden scheint. Indessen dürfte dies der Praxis wohl nicht genügen, um von der gerichtlichen Zuständigkeit abzusehen, für welch letztere sich noch anführen läßt, die Annalogie von **B.** Z. 4 und die Vorschrift in §. 778 Z. 2. 3 der bürgerlichen Pr.O., daß im Falle des Vorhandenseins einer Erbschaft, auf welche selbst der Staat keinen Anspruch macht, von den Gerichten die Gant zu eröffnen ist. Dessen ungeachtet werden die Pfleger für Erbmassen stets von den Verwaltungsbehörden bestellt. Stellt man sich aber einmal auf den Standpunkt der oft besprochenen Praxis, so dürfen solche Inconsequenzen im Einzelnen, wie wir sie hier und unter Z. 5 sahen, nicht abhalten, die Grundansicht der Praxis zu befolgen, sofern nicht (wie Abs. **A.** Z. 11 und 17), die Inconsequenz selbst wieder zu einer unumstößlichen Praxis geworden, wovon hier keine Rede sein kann.

7) Eintragung der im Auslande errichteten Testamente. Diese Eintragung soll nach L.R.S. 1000 auf der Gerichtskanzlei geschehen. Obwohl diese Vorschrift mit dem uns fremden, französischen Institut des **Enregistrement** zusammenhängt (Zachariä franz. Civilrecht Bd. **IV.** §. 661 am Ende), betrachtet sie doch auch Brauer, Erläuterungen Bd. **II.** zu Art. 1000 als gültig, und da die Zulässigkeit des Vollzugs eines im Auslande errichteten Testaments eines Inländers davon abhängig gemacht ist, so muß sie eben beobachtet werden.

8) Eröffnung und Beschaffenheitsbeurkundung von eigenhändigen und von geheimen Testamenten. L.R.S. 1007 beauftragt damit den Vorsteher des Gerichts, und die Rechtsbelehrung vom 17 August 1825 (Reg.Bl. No 18). hält daran fest und § 25 des Sportelgesetzes führt diese Verrichtung als gerichtlich an. Die neueste Verordnung über Aufbewahrung, Eröffnung und Ausfolgung der Testamente vom 2. November 1842 (Reg.Bl. No. 34). bezieht sich nur auf die Obliegenheit der Amtsrevisoren. Nach Maßgabe der Eingangs besprochenen Bestimmung des **I.** Einf.Ed. §. 3 wird an den mit mehreren Beamten besetzten Amtsgerichten nicht gerade der dienstälteste Amtsrichter, sondern der gewöhnliche Civilrespicient dieß Geschäft zu besorgen haben. Ebenso fällt die in Abs. 2 von Satz 1007 erwähnte Ernennung eines Staatsschreibers zum Zwecke der Hinterlegung des Teaments nach unseren organischen Einrichtungen (vrgl. die beiden allegirten Verordnungen) hinweg, und hat das Gericht das Testament nebst Protokoll dem betreffenden Amtsrevisorate zurückzusenden, von welcher Behörde ihm auch gemäß §. 6. 7 der Verordnung vom 2. November 1842 die Testamente mitgetheilt werden.

9) Ertheilung des Beisatzbefehls zu eigenhändigen und zu geheimen Testamenten, zum Zwecke der Einweisung des Erbnehmers in die Gewähr. Hinterläßt der Testator Pflichterben, so hat der ernannte Erbnehmer von diesen die Ausfolgung des ihm zugedachten Vermögens zu verlangen (L.R.S. 1004), andernfalls soll er sich von dem Gerichte einweisen lassen. (L.R.S. 1006. 1008).

Die gerichtliche Zuständigkeit ist in einer Annalen XX. No. 44 mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidung ausgenommen. Vrgl. §. 25 des Sportelgesetzes. Statt des Vorstehers handelt auch hier, wie im vorgehenden Falle, der Reſpizient.

10) Beurkundung von Verträgen. So seltsam es lautet, von einer solchen Thätigkeit der Gerichte zu sprechen, während man gewöhnt ist, dieß als eine Obliegenheit der Notare anzusehen, ist doch an zwei Stellen des Landrechts davon die Rede. L.R.S 1587a erwähnt nämlich einen gerichtlichen Abschluß von Kaufverträgen und bringt damit in Gegensatz die Aufnahme von öffentlichen Urkunden, woraus deutlich erhellt, daß der Gesetzgeber an eine Fertigung der Vertragsurkunde vor Gericht gedacht hat. Diese Auffassung wird bestätigt durch den Schlußsatz in Brauer, Erläuterungen Bd. III. Bem. 7 S. 486. Noch deutlicher tritt dieß in L.R.S. 2091a hervor, wo sogar die Erwerbung der dort bezeichneten Art von Nutzpfandrecht davon abhängig gemacht ist, daß die dazu gehörige Anweisung an Zahlungsstatt gerichtlich vollzogen wird, was Trefurt, Zusätze zu Zachariä §. 375 richtig so auslegt, daß die Anweisung entweder vor Gericht oder durch das Gericht geschehen muß. Brauer Bd. IV. S. 112 lit. d. — Man darf also hier nicht blos an einen Akt im Vollstreckungsverfahren nach Maßgabe von L.R.S. 2212 denken sondern das Gesetz verlangt die Mitwirkung des Gerichts bei Abschluß eines Pfandvertrags als wesentliches Erforderniß von dessen Gültigkeit

Eine dritte Stelle des Landrechts, nämlich Satz 1649 spricht von gerichtlich verordneten Verkäufen, gehört also nicht hierher, sondern erklärt sich leicht aus L.R S. 577bg. 1686—1689. 2204 ff.

Der Abschluß von Vergleichen durch die Gerichte zur Beseitigung eines Rechtsstreits (bürgerl. Pr.O §. 754 ff) ist zwar hier anzuführen, enthält aber keine Abnormität, da diese höchst wohlthätige Thätigkeit als ein Ausfluß der richterlichen Gewalt bei Leitung des Prozesses erscheint Was nun die Bestimmung des L R.S. 1587a betrifft, so liegt darin weder ein Gebot noch eine ausdrückliche Sanctionirung der fraglichen Thätigkeit der Gerichte, sondern nur die Unterstellung der Zulässigkeit derselben, welche Unterstellung nach den späteren organischen Veränderungen (II. Einf.Ed. §. 7, landesherrliche Verordnung vom 25. November 1841 §. 4, Reg.Bl. No. 38) jetzt keine Anwendung mehr findet, so daß die in unserem Satze dem gerichtlich abgeschlossenen Kauf beigelegte Folge bezüglich der inländischen Gerichte jetzt nur noch insofern Bedeutung hat, als etwa bei Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs ein Kaufvertrag zu Stande kommt.

Dagegen gibt L R.S. 2091a eine gebietende Vorschrift, welche nirgends abgeändert ist, so daß die Gerichte auch jetzt noch diese Art von Signification, mithin einen Akt der beurkundenden freiwilligen Gerichtsbarkeit besorgen müssen, wenn nicht jene ganze Gesetzesstelle illusorisch werden soll.

11) Ermächtigung zum Verzichte auf künftigen Unterhalt Nach L.R.S. 2046a kann ein Recht auf künftigen Unterhalt weder durch Vergleich noch durch Entsagung weggegeben werden, wenn nicht vom Richter die Ermächtigung dazu ertheilt worden ist. Die dabei vorgeschriebene Einvernahme des Kronanwalts fällt nach §. 4 des II. Einf.Ed. hinweg. (Vrgl. § 25 des Sportelgesetzes.)

Bedenkt man den Grund dieses Gesetzes (Schutz des Staatsbürgers vor Uebereilung und Bewahrung des Staats vor nahrungslosen Subjekten. Brauer Bd. IV. S. 56), so sieht man, daß dieser Fall seiner Natur nach sich für die Verwaltungsbehörden eignet, welche auch sonst in dieser Richtung thätig sind. Spricht nun auch dieß und anderes gegen die Zuständigkeit der Gerichte, so ist doch diese nach der Praxis nicht zu bezweifeln. Annalen XXIV. S. 359.

Zu erwähnen ist noch, daß eine Verordnung vom 4. November 1816 (Reg.Bl. No 35) die Verfügung über noch nicht verfallene „Dienerschaftliche Geldbesoldungen und Naturalien Bezüge" wesentlich beschränkt, daß übrigens die civilrechtliche Wirksamkeit dieses Verbots gegenüber dem, in gutem Glauben handelnden, dritten Contrahenten manchen Zweifeln unterliegen dürfte.

12) Das Verfahren zur Befreiung der Liegenschaften von eingetragenen und uneingetragenen Vorzugs- und Pfandrechten. Im Allgemeinen besteht dieß Verfahren darin, daß der neue Eigenthümer den Gläubigern gewisse Urkunden behändigen läßt, und diesen dadurch Gelegenheit zur Ausübung des Ueberbietungsrechts gewährt. Machen diese von jenem Rechte keinen Gebrauch, so wird die Liegenschaft von allen Vorzugs und Unterpfandslasten dadurch frei, daß der Eigenthümer den Preis an die Gläubiger in ihrer Ordnung auszahlt, oder ihn zu dritter Hand hinterlegt. L.R.S. 2183—2186. Das Ueberbietungsrecht wird in der Weise ausgeübt, daß der einge-

tragene Gläubiger dem neuen und dem alten Eigenthümer gewisse Verkündungen machen läßt, und daß sodann die Versteigerung der Liegenschaft in den Formen des Gerichtszugriffs erfolgt. L.R.S. 2185. 2187 ff

Handelt es sich dagegen um uneingetragene Pfandrechte von Ehefrauen oder Minderjährigen und Mundlosen, so gebietet das L.R. die Hinterlegung einer beglaubigten Abschrift der Eigenthumsurkunde auf der Gerichtskanzlei, urkundliche Verkündung hiervon an die Ehefrau oder den Gegenvormund und an den Kronanwalt, ferner den Anschlag eines Auszugs aus dieser Urkunde an gehöriger Gerichtsstätte. Zwei Monate von letzterem Akte an haben die Betheiligten das Recht, die Eintragungen nachzuholen. Wird dieß unterlassen, so erlöschen jene Pfandrechte, wird der Eintrag nachgeholt, so genießen auch diese Gläubiger das Ueberbietungsrecht, und treten überhaupt in die Reihe der übrigen eingetragenen Gläubiger, so daß ihre Pfandrechte nur, wenn sie die älteren sind, bestehen bleiben. L.R.S. 2195. 2185a. Hieran hat das II. Einf.Ed. weiter nichts geändert, als daß nach §. 30 die in L.R.S. 2194 verordnete Verkündung nicht nur an die Ehefrau, sondern auch an ihren dazu zu bestellenden Beistand (durch das Gesetz vom 28. August 1835, Reg.Bl. No 38 wieder aufgehoben) und für die Minderjährigen und Mundlosen statt an den durch §. 17 II. Einf.Ed. beseitigten Gegenvormund an den Ortsvorstand oder, wenn der Curand zu keiner Gemeinde gehört, an die in §. 19 benannten Personen geschehen soll, eine Verkündung an den Kronanwalt aber gemäß §. 4 wegfällt. Dieß bezieht sich also nur auf die Personen, an welche jene Verkündung geschieht, nicht aber auf die Competenz der Behörden im Purgationsverfahren selbst und es ist nicht ganz richtig, wenn in Annalen XX. No. 16 unter Absatz 14 das Verfahren zur Befreiung liegender Güter von uneingetragenen Unterpfandslasten als ein rechtspolizeiliches Geschäft der Verwaltungsbehörden aufgezählt wird

Was die Competenz der Behörden betrifft, so gehören die durch das Purgationsverfahren und die Ausübung des Ueberbietungsrechts entstehenden Streitigkeiten selbstverständlich vor die Gerichte, die Akte jedoch, welche in beiderlei Richtungen der neue Eigenthümer und der Gläubiger zur Geltendmachung und Bewahrung seines Rechts zu vollziehen hat, nämlich die Behändigungen, Verkündungen und Hinterlegungen, also das ganze eigentliche Verfahren selbst berühret die Gerichte allerdings nur insoweit, aber doch insoweit, als sie bei dem Verfahren zur Entledigung von uneingetragenen Pfandrechten der Ehefrauen und Curanden die in L.R.S. 2194 verordnete Hinterlegung anzunehmen, darüber Beurkundung auszustellen, und den allda befohlenen Anschlag zu gestatten haben. Durch welche Vermittlung der neue Eigenthümer und der Gläubiger die übrigen ihnen obliegenden, bezeichneten Akte bewirken lassen müssen, sagt das Landrecht nicht (Code de proc. civ. Art. 832 beauftragt damit den Huissier), weßhald der oberste Gerichtshof es auch für zulässig erklärte, daß die Ankündigung zum Zwecke der Ausübung des Ueberbietungsrechts durch den Bürgermeister erfolgt. (Annalen XXIII. S. 388.)

Jedenfalls handelt es sich dabei lediglich um eine Beurkundung, welche nicht Sache der Gerichte ist, so daß das unterrheinische Hofgericht gewiß mit Recht eine Ausübung des Ueberbietungsrechts durch Klagerhebung nicht zuließ. Annalen XX. S 358. Beiläufig sei erwähnt, daß L.R.S. 2194 eine urkundliche Verkündung verlangt, was in Vergleichung mit dem Urterte „par acte signifié" für diesen Fall wohl eine Notariatsurkunde nöthig macht.

13) Paginirung und Paraphirung der Handelsbücher. Zufolge H.R.S. 10. 11. 84 besorgt dies ein Mitglied der Gerichtsbehörde oder der Ortsvorsteher oder dessen Amtsgehülfe. In dem Entwurfe des neuen Sportelgesetzes war hiefür in §. 24 die Protokollgebühr nach der Zeitdauer des Geschäfts angesetzt, und dies blieb nach dem Commissionsberichte der ersten Kammer nur deßhalb weg, weil dieses Geschäft vorzugsweise im öffentlichen Interesse geschehe, und somit kein Grund vorhanden sei, von der in H.R.S. 11 vorgeschriebenen Unentgeldlichkeit desselben abzugehen. Also ist die Competenz der Gerichte auch hier anerkannt, und müssen sich dieselben eben dieser, für sie wenig passenden, Function unterziehen.

14) Ernennung von Sachverständigen in Handelssachen und Anordnung des Verkaufs oder der Hinterlegung von Waaren. Die Reclamation wegen schlechter Beschaffenheit bestellter Waaren muß von einem Zeugniß zweier unbefangener Kaufleute oder Sachverständigen über den Befund der Waaren begleitet sein. H.R.S. 92a f. Gerichtliche Ernennung der Sachverständigen ist zwar nicht geboten, aber räthlich. Der Fuhrmann muß, wenn über die Annahme der von ihm überbrachten Güter Streit entsteht, eine Beurkundung und Begutachtung derselben

durch gerichtlich ernannte Experten erwirken, und kann dann deren Hinterlegung, oder auch zur Deckung seiner Frachtforderung deren Verkauf verlangen. H.R.S. 106.

Sowohl der Commissionär als auch der Spediteur haben in gewissen Fällen das Recht, zu ihrer Befriedigung die in ihrer Hand befindlichen fremden Waaren durch das Bezirksgericht ihres Wohnsitzes versteigern zu lassen. Gesetz vom 28. April 1856 (Reg.Bl. No. XVIII.) und darin Satz. 94 a b c. 102 b. Da es sich hier theils um Erhebung eines Beweises zum ewigen Gedächtniß (B.P.O. §. 508 ff.), theils um eine einstweilige Verfügung (B.P.O. §. 674) handelt, so sind es rein richterliche Akte, welche in Sportelgesetz §. 25 nur uneigentlich der Rechtspolizei beigesellt sind.

15) Bestätigung von Vergleichen in Handelsganten. H.R.S. 225—227 übertragen dies den Gerichten, und diesen muß es auch verbleiben, da es mit dem Gantverfahren im innigsten Zusammenhang steht.

Wenn in H.R.S. 226 gesagt ist, daß durch Versagung der Bestätigung des Gantvergleichs der Gemeinschuldner den Polizeibehörden anheim falle, so hat dies jetzt keine Gültigkeit mehr, da zufolge des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 §. 5 Z. 7 und §. 12 in Vergleich mit Strafgesetzbuch §. 467 Z. 1 dermalen auch das Vergehen der leichtsinnigen Zahlungsflüchtigkeit von den Gerichten bestraft wird und H.R.S. 256 Abs. 1 aufgehoben ist.

16) Wiederbefähigung eines zahlungsunvermögend gewordenen Handelsmanns. Während der C. d. c. in Art. 604 die gerichtliche Zuständigkeit ausdrücklich festsetzt, fehlt dieser Artikel in unserm Handelsrechte, das den Titel von der Wiederbefähigung in Satz 264 mit einer Uebertragung von Art. 605 des C. d. c. beginnt. Auch sonst gibt dieser Titel keine Competenzbestimmung, so daß man sich versucht fühlte, in der Weglassung des Art. 604 die Absicht, dies Geschäft den Gerichten abzunehmen, zu erblicken, indessen nimmt doch schon Brauer Bd. IV. unzweideutig die Zuständigkeit der Gerichte an. Bisher war diese Frage bestritten (Annalen XX. S. 35. 57. 122), dürfte aber mit §. 25 des Sportelgesetzes um so mehr zu Gunsten der gerichtlichen Zuständigkeit entschieden werden müssen, als es sich dabei hauptsächlich um den Nachweis der Tilgung der Schulden handelt, was nur von dem Gantgerichte genügend geprüft werden kann, und als überhaupt eine Folge und Zugehörde des Gantverfahrens in Frage steht.

Anknüpfend an das oben unter Abs. A. Z. 20 Gesagte, ist hier noch des Theils der Verordnung vom 9. August 1827 zu gedenken, welcher die Bekanntmachung der Verfügungen und Erkenntnisse in den Fällen von H.R.S. 208. 256. 263. 265. 267 betrifft. Dieselbe erfolgt, wie auch Art. 5 der Verordnung anerkennt, durch die erkennende Behörde, also von den Gerichten, und wenn die Verordnung als Art der Bekanntmachung die Einrückung in die Anzeigeblätter vorschreibt, so tritt jetzt an dessen Stelle gemäß §. 135. 136 des Einführungsgesetzes, § 318 der Strafprozeßordnung und §. 262. 343 der bürgerlichen Prozeßordnung der Anschlag an die Gerichtstafel und die Einrückung in die Zeitung der Residenz.

Neben dieser öffentlichen Verkündung gebietet H.R.S. 267 auch noch den Eintrag in die Bücher der betreffenden Behörde hinsichtlich des Urtheils, welches die Wiederbefähigung ertheilt, und somit wird auch der Eintrag in das Offenkundigkeitsbuch erfolgen müssen, obwohl die Verordnung vom 9. Aug. 1827 nur die öffentliche Verkündung erwähnt, während umgekehrt in der Verordnung vom 8. Juli 1812 nur der Eintrag in das Offenkundigkeitsbuch angeordnet ist. Die in H.R.S. 61 befohlene Eintragung der Vollzugsreiferklärung eines Schiedsspruches in die Gerichtsbücher fällt nach der abändernden Bestimmung des §. 207 der bürgerlichen Prozeßordnung hinweg.

Hiermit ist die Aufzählung der rechtspolizeilichen Geschäfte der Gerichte beendigt, und es bedarf nur noch der Bemerkung, daß die in §. 25 des Sportelgesetzes unter diesen angeführten Erkenntnisse, nämlich Vollzugreiferklärung eines Schiedsspruchs oder des Urtheils eines ausländischen Gerichts, sowie die Ernennung von Schiedsrichtern nicht die Natur von Rechtspolizeisachen haben, sondern bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind, und als solche vor die Gerichte gehören. B.P.O. §. 1. 199. 207. 919. L.R.S. 2123. Abs. 4. H.R.S. 55. 61.

C. Verfahren bei den rechtspolizeilichen Geschäften der Gerichte.

Die in §. 3 des ersten Einführungsedikts verheißene Prozeßordnung ist zwar längst erschienen, aber sie schweigt von der Rechtspolizei, und so sind wir bezüglich dieser immer noch fast nur auf die dürftigen Vorschriften des

Landrechts beschränkt, welche nach der angeführten Gesetzesstelle mit Beobachtung des Wesentlichen und mit Beseitigung der auf das Vorhandensein von Collegialgerichten erster Instanz gebauten Bestimmungen angewendet werden sollen. Bei solcher Mangelhaftigkeit der Gesetzgebung ist natürlich auch der Zustand der Praxis ein höchst unerfreulicher, und über die wichtigsten Punkte ist eine Uebereinstimmung der Meinungen nicht erzielt.

Zunächst sollen nun die einzelnen Arten der gerichtlichen Rechtspolizeisachen in Bezug auf das Verfahren geprüft, und dann eine sich dabei ergebende allgemeine Frage erörtert werden. Hievon auszuschließen sind die, eigentlich der Rechtspolizei fremden, und hier nur des Zusammenhangs willen aufgeführten Fälle, nämlich Vernichtung und Scheidung der Ehe (A. 4), Dienstbotenstreitigkeiten (A. 13), gezwungene Beschränkung von Vorzugsrechten und gesetzlichen Pfandrechten, welche nicht Ehefrauen, Minderjährigen oder Mundlosen zustehen (A. 19), Rechtsstreite über das Purgationsverfahren (B. 12), und endlich die nach der Schlußbemerkung unter B. in unsere Aufzählung nicht aufgenommenen Fälle, nemlich Vollzugreiferklärung eines Schiedsspruchs oder des Urtheils eines ausländischen Gerichts und die Ernennung von Schiedsrichtern. Theils sind dies gewöhnliche, nach der bürgerlichen Prozeßordnung zu verhandelnde, Rechtsstreite, theils bestehen dafür besondere gesetzliche Bestimmungen, welche allerdings bezüglich der Ehesachen viel zu wünschen übrig lassen.

Wenden wir uns nun zu unserer eigentlichen Aufgabe, so sind zuerst bezüglich der Hinterlegung (A. 13) einige Bemerkungen zu machen. Handelt es sich um die Hinterlegung von baarem Geld, welches nicht im Stück zurückgegeben werden soll, so geschieht diese bei der Amortisationskasse durch Vermittlung der betreffenden Obereinnehmerei auf die im Einzelnen genau bestimmte Weise. Gesetz über die Hinterlegungskasse vom 3. August 1837 Reg.Bl. No. 26, Art. 1. 2. 12. 14 — 18. Vollzugsverordnung hiezu vom 28. Dezbr. 1837, Reg.Bl. 1838 No. 1. §. 1. 2. 3. 4. 9. 15. 17. Ebendort finden sich auch die Vorschriften wegen der Rückzahlung. Sollen Gelder, welche im Stück zurückgegeben sind, oder sollen andere Sachen deponirt werden, so werden dieselben in den Akten genau verzeichnet und beschrieben, und sodann mit einer Bezeichnung des Betreffs versehen, bei Gericht an einem geeigneten Orte sicher verwahrt. Verordnung vom 31. Dezbr. 1856, Reg.Bl. 1857 No. 1. Bezüglich der Werthpapiere, welche in gerichtlichen Untersuchungen als Caution gegeben werden, bestimmt die Verordnung vom 21. August 1850, Reg.Bl. No. 40 S. 281, daß sie dem Generallandes-Archiv zur Aufbewahrung zu übergeben sind, was für derartige Hinterlegungen in bürgerlichen Rechtssachen schon wegen der bezeichneten Behörde keine analoge Geltung hat.

Die Hinterlegung von Geld, welches nicht im Stück zurückgegeben werden muß, darf nur mit Zustimmung sämmtlicher Betheiligter auf andere Weise, als durch Deponirung bei der Hinterlegungskasse geschehen. §. 2 der Vollzugsverordnung vom 28. Dezember 1837. Für die Hinterlegungen bei Gericht besteht keine solche Zwangsvorschrift und die für sichere Verwahrung dem betreffenden Beamten nach Maßgabe von §. 1 der Verordnung vom 31. Dezember 1856 obliegende Verantwortlichkeit macht es räthlich, daß das Gericht überall, wo es angeht, zur Aufbewahrung hinterlegter Sachen einen gerichtlichen Hüter ernennt. L.R.S. 1961. Auch die bürgerliche Pr.O. kennt das Institut des gerichtlichen Hüters (Sequesters) als allgemeine Maßregel zur Sicherung streitiger beweglicher Sachen (§. 284 Ziff. 6b) im Arrestprozesse (§. 654 Ziff. 2), im Besitzprozesse (§. 723) und im Vollstreckungsverfahren (§. 995), wie denn auch einstweilige Verfügungen nicht selten in Ernennung eines Sequesters bestehen. §. 674. 677. Das prozessualische Verfahren in diesen und anderen Fällen der Hinterlegung, sowie die Frage wegen der Rechtsmittel bietet keine Eigenthümlichkeit dar, indem die Vorschriften der bürgerl. Pr.O. dafür maßgebend sind. In Ernennung der Person des gerichtlichen Hüters hat der Richter, wenn sich nicht beide Theile darüber vereinigen, freie Wahl (L.R.S. 1963), doch wird es den Parteien freistehen, gegen den vom Richter ernannten Sequester, dieselben Einwendungen, wie gegen einen Sachverständigen, vorzubringen. Bürgerl. Pr.O. §. 488. —

Die Empfangnahme von Erklärungen wegen Veränderung des Wohnsitzes (B. 1.) kann mündlich zu Protokoll oder schriftlich geschehen, und die hierdurch, sowie durch Ertheilung einer Bescheinigung über die Erklärung veranlaßten Geschäfte des Gerichts sind höchst einfach und werden durch die allgemeinen Vorschriften von §. 223. 224 der bürgerl. Pr.O. und von §. 1 ff. der Verordnung über die Geschäftsformen der Untergerichte vom 20. Februar 1829, Reg.Bl. No. 5 geregelt.

Große Schwierigkeiten macht dagegen der nächste Fall, nämlich die Ermächtigungen von Ehefrauen zu Rechtshandlungen. (B. 2.) Ist der Mann volljährig und anwesend, verweigert aber die Ermächtigung, so läßt ihn die Frau vor das Bezirksgericht ihres ehelichen Wohnsitzes vorfordern, welches, nachdem der Mann vernommen oder gehörig vorgefordert worden ist, die Ermächtigung geben oder versagen kann. L.R.S. 219. Ist eine rechtsgültige Ermächtigung von Seiten des Mannes nicht möglich, weil derselbe zu gewissen Strafen verurtheilt, oder mundtodt gemacht, oder abwesend, oder minderjährig ist, so fällt dessen Vorladung und Einvernahme hinweg, weßhalb das Gericht hier nach vorhergegangener Untersuchung der Sache über die Ermächtigung entscheidet. L.R.S. 221. 222. 224. C. d. proc. civ. Art. 863. 864. Die vorgängige Untersuchung der Sache muß, obwohl in L.R.S. 222 nur für den Fall der Mundlosigkeit und Abwesenheit des Mannes vorgeschrieben, auch in den übrigen Fällen seiner Verhinderung gefordert werden, da die Verhältnisse ganz dieselben sind. In den Fällen von L.R.S. 1558. 1559, H.R.S. 7, wo neben der Einwilligung beider Ehegatten noch eine Ermächtigung des Gerichts nothwendig ist, ist eine solche Untersuchung aus dem gleichen Grunde erforderlich, was auch L.R.S. 1559 dadurch andeutet, daß das Gericht zur Prüfung der Nützlichkeit der Vertauschung eines ehesteuerlichen Grundstücks von Amtswegen Sachverständige zu ernennen hat.

Daraus sieht man, daß im Falle der Weigerung des Mannes ein contradictorisches Verfahren, in allen andern Fällen aber eine Untersuchung des Sachverhalts stattfindet, und dieß führt zu der wichtigen Folgerung, daß für Beides ganz verschiedene Grundsätze gelten. Erwägt man nämlich, daß die Ertheilung der Ermächtigung in der Willkür des Mannes liegt, so rechtfertigt sich auch der Gedanke, daß man ihm anheimstellen kann, seine Weigerung auch bei Gericht aufrecht zu erhalten, wenn die Frau die Hülfe des Gerichts gegen diese Weigerung nachsucht, und so gelangt man dazu, die bürgerliche Pr.O. im allgemeinen und insbesondere die Verhandlungsmaxime und das Contumacialsystem als anwendbar zu erachten.

Anders verhält es sich, wenn bei Verhinderung des Mannes die fehlende Ermächtigung von dem Gericht ersetzt werden soll, oder wenn zu einer gemeinsamen Handlung beider Ehegatten noch die gerichtliche Erlaubniß hinzutreten soll, denn hier hat das Gericht die Interessen des Mannes selbstthätig zu wahren, beziehungsweise es hat zu prüfen, ob bestimmte gesetzliche Voraussetzungen vorhanden sind, und zu Beidem bedarf es einer wirklichen Untersuchung, also der Erforschung aller einschlägigen Verhältnisse und Erhebung der erforderlichen Beweise von Amtswegen, wobei auch andere Betheiligte, z. B. die Vertreter des abwesenden Mannes selbst unaufgefordert ihre Bedenken gegen die Ermächtigung werden vortragen dürfen, ohne aber das Recht der Einsprache zu haben.

Die Bestimmung des L.R S. 224a, daß jede Gerichtsermächtigung der Ehefrau einen Geschlechtsbeistand für die betreffenden Fälle zugeben muß, ist durch Art. 1 des Gesetzes vom 28. August 1835 Reg.Bl. No. 38 aufgehoben, in welchem Gesetze Art. 3 auch noch die Nothwendigkeit der gerichtlichen Ermächtigung der Ehefrauen auf die Fälle eingeschränkt ist, in welchen sie das Landrecht vorschreibt.

Die gerichtliche Ermächtigung der Ehefrau, vor Gericht zu stehen, kommt meistens als Nebenpunkt in andern Prozessen vor, und es kann, obwohl dies früher bestritten war, keinem Anstand unterliegen, daß auf solche Weise — natürlich mit Beobachtung der obigen Grundsätze — der Richter der Hauptsache die Ermächtigung rechtsgültig für alle Instanzen ertheilen kann. Bürgl. Pr.O. §. 28. 87. 88. Nur wenn die Frau vor einem andern Gericht, als dem ihres ehelichen Wohnsitzes, eine Klage anstellen will, muß sie im Falle der Weigerung oder Verhinderung des Mannes die Ermächtigung bei dem Bezirksgerichte des ehelichen Wohnsitzes nachsuchen, weil dann die Ermächtigung keine im Laufe des Hauptprozesses vorkommende Nebensache, mithin nicht bürgl. Pr.O. §. 28, sondern L.R S. 219 maßgebend ist.

Abgesehen von den Fällen der L.R.S. 1558. 1559 gibt das Gesetz dem Richter keine Anleitung darüber, was ihn zur Ertheilung oder Versagung der Ermächtigung bestimmen soll, und man muß sich hierfür den Grundgedanken des Instituts der Autorisation klar machen, welchen Stabel, titre prél. S. 169 ff. sehr richtig darin erblickt, daß der Stoff zu häuslichem Unfrieden möglichst beseitigt, die unentbehrliche Gewalt des Mannes befestigt, und insbesondere die Verbindlichkeit der Frau, zu den Lasten der Ehe aus ihrem Vermögen beizutragen, gesichert werden solle, und daß die Gestattung der gerichtlichen Ermächtigung nur ein Mittel ist, die Frau gegen Willkür und Mißbrauch des Mannes zu schützen, und ihr die Vornahme von Rechtshandlungen zu ermöglichen, wenn aus irgend einem Grunde die Einholung der ehemännlichen Ermächtigung unthunlich ist.

Das Verfahren bei der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung (**B.** 3), gibt allerdings zu manchen Streitfragen Anlaß, indessen ist es doch gesetzlich regulirt (L.R.S. 275 bis 294 **II.** Einf. Ed. §. 11. 12), weßhalb es für den Zweck dieses Aufsatzes genügt, hierauf und auf die vorhandene reiche Literatur zu verweisen, wozu noch die Bemerkung hinzugefügt werden mag, daß man in neuerer Zeit bei Beurtheilung der Einhaltung der gesetzlichen Förmlichkeiten sehr mild ist. Annalen **XXIII.** S. 404.

Bei der Erbeinweisung der natürlichen Kinder, des überlebenden Ehegatten und des Staats (**B.** 4), ist auch für die anerkannten natürlichen Kinder der in L.R.S. 767 ff. vorgeschriebene Weg nur dann erforderlich und zulässig, wenn der Verstorbene keine erbfähigen Verwandten zurückgelassen hat, denn concurriren sie mit solchen, so sind andere Grundsätze maßgebend. L.R.S. 757. Zachariä franz. Civil-Recht **IV.** §. 638 Z. 3. Obwohl demnach die anerkannten natürlichen Kinder diese Art der Erbeinweisung nur unter der Voraussetzung nachsuchen dürfen, daß keine erbfähige Verwandte des Erblassers vorhanden sind, und obwohl hierzu für den überlebenden Ehegatten noch der Mangel anerkannter natürlicher Kinder des Verstorbenen, für den Staat aber überdieß der Mangel eines überlebenden Ehegatten des Verstorbenen eine nothwendige Voraussetzung ist, so bedarf es doch für keinen derselben eines Beweises über den Eintritt dieser Voraussetzung, sondern es ist dieß nur anzuführen. Diese von den französischen Rechtslehrern meistens angenommene Meinung (Gilbert Note 2 zu Art. 770) scheint mir wenigstens richtiger, als die von Zachariä IV. §. 640 Note 4, wonach mindestens triftige Vermuthungen erforderlich sein sollen, denn das öffentliche Ausschreiben (L.R.S. 770) macht diesen äußerst schwierigen Beweis entbehrlich. Es haben also die außerordentlichen Erbfolger bei dem Gericht, in dessen Sprengel das Erbe eröffnet worden ist, lediglich ein Gesuch einzureichen, worin sie ihre Legitimation begründen, die andere Voraussetzung behaupten, und um Einsetzung in die Gewähr bitten.

Dies Gericht erläßt, wenn es die Legitimation als geordnet ansieht, sofort in den gewöhnlichen Formen, mithin nach Maßgabe von §. 262. 745 der bürgerl. Pr.O. eine öffentliche Aufforderung zur Einsprache mittels Anschlags an die Gerichtstafel und dreimalige Einrückung in öffentliche Blätter. Erfolgt in der bestimmten Frist keine Einsprache, so spricht es, sofern es sich von der Legitimation des Petenten überzeugt hat, die Erbeinweisung aus. — L.R.S. 770. (Schluß folgt.)

Juristische Neuigkeiten.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. **Jahrgang XXV.** **No. 8.**

I.

Ueber die Rechtspolizeigeschäfte der Gerichte.

(Schluß.)

Nach dem bei uns üblichen Geschäftsgang wird das Gericht in der Regel bereits im Besitze von Amtsrevisoratsakten über die Erbschaft sein, und das Gesuch um Einweisung wird meistens unter Bezug auf diese Akten gestellt, so daß das Gericht sich hieraus verlässigen kann, ob ein näherer Erbe sich vor dem Petenten gemeldet hat. Ist dies der Fall, so hat es die Erlassung der öffentlichen Aufforderung zu versagen und den Petenten mit seiner etwaigen Bekämpfung der Ansprüche jenes Anmeldenden auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen, und nur erforderlichen Falls über den einstweiligen Besitz der Verlassenschaft nach Analogie von §. 723 der bürgerl. Pr.O. Verfügung zu geben. Annalen XXIII. S. 334. Das Gleiche sollte aus den gleichen Gründen auch dann gelten, wenn mehrere außerordentliche Erbfolger gleichzeitig die ausschließende Einweisung nachsuchen, oder wenn in Folge der Aufforderung Einsprachen mit Bekämpfung des Rechts des Petenten und mit Behauptung eines Näherrechts des Einsprecheerhebenden einkommen (oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XI. S. 134. 135), indessen hat in einem Falle dieser Art das mittelrheinische Hofgericht anders entschieden. Annalen XXII. S. 113 ff. Nach der, mir richtig dünkenden, Ansicht müssen von dem Einweisungsverfahren alle solche Streitigkeiten ausgeschlossen werden, und nur formelle Beanstandungen oder Einsprachen gegen die Legitimation des Bittstellers können dabei dem Richter vorgetragen werden.

Die mehrmals erwähnte Legitimation des Petenten hat hier nach dem Obigen nicht den Sinn, daß sie auch die Ausschließlichkeit von dessen Erbansprüchen in sich begreift, sondern sie bezieht sich nur auf die allgemeinen Eigenschaften der Erbfähigkeit und Erbwürdigkeit (L.R.S. 725—730), sowie auf die besondere Eigenschaft als überlebender Ehegatte oder anerkanntes natürliches Kind de Verstorbenen und ist in diesem Sinne auch durch das Gericht von Amtswegen zu prüfen. — Bürgerl. Pr.O. § 87. —

Unterstellt man auch den Fall, daß durch Einmischung Dritter keinerlei Streitigkeiten entstehen, so kann doch schon die Erörterung des Legitimationspunktes eine umfassende Thätigkeit des Gerichts herbeiführen und nirgends besteht eine Vorschrift dafür, in welchen Formen sich dieselbe zu bewegen hat. Die Aehnlichkeit mit dem Falle der Ermächtigung einer Ehefrau bei Verhinderung des Mannes (vrgl. auch bürgerl. Pr.O. §. 736. 739) wird es rechtfertigen, daß ein so genanntes Informationsverfahren stattfindet, welches in dem Gesetzentwurfe über die den Gerichten zugewiesenen Rechtspolizeigeschäfte überhaupt vorgeschrieben ist. §. 3 des Gesetzentwurfs und Motive hierzu S. 274. 278 des VIII. Beilageheft der Verhandlungen der II. Kammer im Jahre 1848/49.

Mag man den Kreis der in Folge des Auftretens Dritter im Einweisungsverfahren zu entscheidenden Streitigkeiten enger oder weiter ziehen, so werden solche Streitigkeiten immerhin vorkommen, und es wird dann ein contradictorisches Verfahren eintreten, wie wenn auf eine öffentliche Vorladung im Sinne von §. 736 Pr.O. Einsprache erhoben wird (oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. IX. S. 132), so daß zufolge Pr.O. §. 732. 680. 681 Verhandlungen in den Formen des abgekürzten Verfahrens bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu pflegen sind.

Hat das Gericht, weil sich auf die öffentliche Verkündung hin Niemand gemeldet hat, die Erbeinweisung ausgesprochen, so darf man nicht eine Einsprache, wie gemäß §. 671. 681 der bürgerl. Pr.O. gegen unbedingte

Befehle und provisorische Verfügung, zulassen, denn durch die Einweisung ist der Petent definitiv in den Besitz der Erbschaft gelangt, und so können Ansprüche auf diese nur durch die hereditatis petitio geltend gemacht werden L.R.S. 771. 772. —

Die in L.R.S. 770 vorgeschriebene Einvernahme des Kronanwalts fällt nach §. 4 des II. Einf.Ed. hinweg.

Die Führung des Buches der Entsagungen (B. 5.) ist auch nach C. de proc. civ. Art. 997 besonderen Förmlichkeiten nicht unterworfen, und so bestimmt die im Anzeigeblatt für den Mittelrheinkreis vom Jahr 1832 S. 424. 425 bekannt gemachte Justizministerialverordnung vom 8. Mai 1832 hierüber gleichfalls nur soviel, „daß ein Buch mit doppeltem Namensregister anzulegen sei, in das jede Erklärung eines Erben, daß er diese Eigenschaft nur unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses annehmen wolle, sowie jede Verzichtleistung auf die Gütergemeinschaft oder auf eine Erbschaft einzutragen sei, ohne daß es hiefür irgend einer anderen Formalität bedürfe."

Da übrigens das Landrecht (Satz 784. 793. 1457) diesen Eintrag nicht als Constatirung der anderswo geschehenen Erklärung, sondern als wesentliche Form für Abgabe der Erklärung selbst betrachtet, so genügt weder eine Vormerkung noch die Abschrift einer bereits beurkundeten Erklärung, sondern die Partei muß persönlich oder durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter vor dem zuständigen Gerichte (nämlich jenem, in dessen Sprengel die Erbschaft liegt, beziehungsweise welches das ordentliche Gericht des Ehemannes ist) erscheinen, und ihre Erklärung abgeben, welche sodann in der gewöhnlichen Form eines Protokolls in das Buch der Entsagungen eingetragen wird.

Die Ernennung eines Erbpflegers für lediges Erbe (B. 6.) geschieht nach L.R.S. 812 von dem Untergerichte, in dessen Bezirk die Erbschaft eröffnet wurde, auf Antrag der Betheiligten (z. B. auch eines Erbschaftsgläubigers. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd VI. S. 379 Note). und nach der Analogie von §. 15 des II. Einf.Ed. auf Antrag der Waisenrichter, Ortsvorsteher und Theilungsbeamten. Sowohl bezüglich der Ernennung, bei welcher L.R.S. 427—449 zu beachten sind, als auch bezüglich der dabei möglichen Streitigkeiten (Annalen XXI S. 132) können der Natur der Sache nach und im Hinblick auf die ebenerwähnte Stelle des II Einf.Ed. keine contradictorische Verhandlungen zulässig sein, sondern sind die Grundsätze des Informationsverfahrens maßgebend. Der Erbpfleger ist zu verpflichten (II. Einf.Ed. §. 15) und seine Geschäftsführung richtet sich nach L.R.S. 813. 814 Vrgl. noch C. de proc. civ. Art. 998—1002.

Die Eintragung der im Auslande errichteten Testamente (B. 7.) betreffend, sagt L.R.S. 1000 nur, bei welchem Gerichte sie geschehen soll, nicht aber, in welchen Formen, und auch sonst findet sich hierüber keine Vorschrift, so daß sich eben nur an eine protokollarische Beurkundung über Vorlage des Testaments denken läßt.

Ueber die Eröffnung und Beschaffenheitsbeurkundung von eigenhändigen und von geheimen Testamenten ist schon unter B. 8 Einiges bemerkt, welchem noch Folgendes beizufügen ist: Das Gericht nimmt ein Protoll über die Vorlegung, Eröffnung und Beschaffenheit der Urkunde auf, und hat, wenn es sich um ein geheimes Testament handelt, zu dem Akte der Eröffnung den Staatsschreiber und die Zeugen, welche die Aufschriftsurkunde unterzeichnet haben und sich am Orte befinden, vorzuladen. L.R.S. 1007. §. 1 der Verordnung vom 17. August 1825, Reg.Bl. No. 18.

Es bedarf mithin einer Vorladung der genannten Personen nur, wenn sie am Gerichtssitze anwesend sind, so daß im Falle des Todes, der Abwesenheit oder des unbekannten Aufenthalts keine weiteren Maßnahmen erforderlich sind. Selbst wenn die Vorgeladenen ausbleiben, kann der Akt ungehindert vorangehen, da nur die Vorladung und eine gehörige Beurkundung darüber nöthig sind.

In dem Protokolle pflegt man Format und Farbe, sowie sonstige Beschaffenheit des Papiers, die Zahl der geschriebenen Zeilen und der Buchstaben darin, ferner die Zeichen der Siegel, Rasuren, Correcturen u. dgl. m. genau anzugeben. Eine Prüfung der Aechtheit des Testaments findet hier natürlich nicht statt. Brauer Bd. VI, S. 162.

Die Ertheilung des Beisatzbefehls zu eigenhändigen und zu geheimen Testamenten zum Zwecke der Einweisung des Erbnehmers in die Gewähr (B. 9.) wird von dem Erbnehmer in einer bei dem Gerichte, unter welchem das Erbe liegt, übergebenen Bittschrift nachgesucht und daraufhin von diesem ertheilt (L.R.S. 1008) mithin bedarf es keiner Vorladung der bekannten oder einer öffentlichen Aufforderung an die unbekannten oder abwesenden Erben. Brauer a. a. O. S. 164. Uebrigens hat das Gericht zu prüfen, ob der Testator keine Pflichterben zu-

zurückgelassen hat, denn ist dieß der Fall, so ist die gerichtliche Einweisung unstatthaft. (L.R.S. 1004.) Die Aechtheit des Testaments ist dabei von dem Gerichte nicht zu prüfen, sondern nur dessen äußere Form, ferner die Frage, ob das Testament ein Erbvermächtniß und ob der Bittsteller der eingesetzte Erbnehmer ist. Brauer a. a. O. Zachariä Bd. IV. §. 721. In allen diesen Beziehungen findet das Informationsverfahren statt.

Die bestrittene Frage, ob den gesetzlichen Erben das Recht der Einsprache zusteht, um die Einweisung des Erbnehmers zu verhindern, wurde aus guten Gründen von dem obersten Gerichtshof bejaht, und dabei ausgesprochen, daß die hierdurch entstehenden Verhandlungen in eben den Formen zu pflegen sind, wie wenn es sich um ein possessorium sumariissimum handelt, übrigens zur Herstellung der bestrittenen Aechtheit des Testaments eine bloße Bescheinigung genüge. Annalen XX. S. 345. 346. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XIII. S. 317. Ist der Beisatzbefehl ertheilt, so hält Zachariä a. a. O. Note 4 zwar immer noch eine Einsprache für zuläßig, allein mir scheint dieß nach dem Geiste unserer Gesetzgebung aus denselben Gründen nicht richtig, aus denen ich dies oben bei der Erbeinweisung der außerordentlichen Erbfolger verneinen zu müssen glaubte. Die gesetzlichen Erben müssen den Eingewiesenen mit der hereditatis petitio belangen, können dann die Aechtheit des ihnen entgegengehaltenen Testaments bestreiten, und dürfen zu ihrer Sicherung auf Versiegelung und Inventarisirung des Nachlasses antragen. arg. L.R.S. 820. Zachariä a. a. O. Note 5. Brauer a. a. O. S. 155.

Hinsichtlich der Beurkundung von Verträgen genügt unter Bezug auf das unter B. 10 Gesagte die Bemerkung, daß theils nur die Aufnahme eines Protokolls in Frage steht, theils ein einfacher Beschluß zu fassen und in gewöhnlicher Weise zu eröffnen ist.

Die Ermächtigung zum Verzichte auf künftigen Unterhalt (B. 11.) erfordert nach dem dort besprochenen Grunde der Vorschrift von L.R.S 2046a eine Erörterung im Wege des Informationsverfahrens darüber, ob dem Verzichtenden kein Nachtheil zugeht, und ob er nicht in Folge des Verzichts seiner Gemeinde oder dem Staate zur Last fällt. So wird man z. B. bei Verzichten gegen eine baare Summe zum Zwecke der Auswanderung nachsichtiger sein dürfen.

Der vorliegende Fall ist jenem der gerichtlichen Ermächtigung einer Frau bei Verhinderung des Mannes ähnlich, weßhalb man auch hier eine Befragung der interessirten Verwandten, sowie deren freiwillige Meinungsäußerung, nicht aber ein Einsprachsrecht derselben zulassen wird.

Das Verfahren zur Befreiung der Liegenschaften von eingetragenen und uneingetragenen Vorzugs- und Pfandrechten (B. 12.) berührt, wie wir oben sahen, die Gerichte nur insoweit, als darüber Rechtsstreite entstehen, welche natürlich in den gewöhnlichen Formen verhandelt werden, und dann noch in Bezug einiger Vorschriften des L.R.S. 2194, bei welchem es sich um so einfache Geschäfte handelt, daß darüber eine Erläuterung wegen des Verfahrens nicht nothwendig ist.

Die Paginirung und Paraphirung der Handelsbücher (B. 13.) geschieht nach H.R.S. 11 in Vergleichung mit L.R.S. 2201 in der Weise, daß der Beamte auf jeder Seite die fortlaufende Ziffer und seinen Namenszug beisetzt, auch besonders bemerkt, welches die erste und welches die letzte Seite ist.

Die Ernennung von Sachverständigen in Handelssachen und die Anordnung der Hinterlegung oder des Verkaufs von Waaren (B. 14.) wurden schon oben als prozessualische Akte gewisser Art bezeichnet, und hiernach ist auch das Verfahren leicht zu bemessen. Nur darauf soll noch aufmerksam gemacht werden, daß das Gesetz zum Schutze des Commissionshandels vom 28. April 1856 (Reg.Bl. No. 18) in Art. 94a und 102b zur Anordnung der Versteigerung wegen Befriedigung des Commissionärs oder Spediteurs nur eine Bescheinigung der Richtigkeit der Ansprüche derselben und der brieflichen Mahnung des Bestellers verlangt, und daß dann die Verfügung selbst nicht mehr vom Ermessen des Gerichtes abhängt. Annalen XXIV. S. 165 a. E. XXIII. S. 146 ff.

Die Bestätigung von Vergleichen in Handelsganten (B. 15.) gibt bezüglich des Verfahrens zu keinen Erörterungen Anlaß, da sie zwar an bestimmte Bedingungen geknüpft ist, diese aber gesetzlich regulirt sind (H.R.S. 218. 220—226) und das Ganze sich in den Formen des Gantprozesses bewegt. (Bürgerl. Pr.O. §. 803.) Die Controversen über jene Gesetzesstellen berühren meist das Verfahren nicht, und ihre Erörterung würde jedenfalls hier zu weit führen.

Die Wiederbefähigung eines zahlungsunvermögend gewordenen Handelsmanns

(B. 16.) erfordert ein weitläufiges Verfahren, welches seiner Natur nach nur ein Informationsverfahren sein kann. Zunächst hat der Bittsteller seinem Gesuche die Quittungen und anderen nöthigen Urkunden beizufügen, welche zeigen, daß er alle ihm obgelegene Summen an Kapital, Zins und Kosten ganz abbezahlt hat. H.R.S. 264.

Vor Allem hat also das Gericht nach Maßgabe der Gantakten zu prüfen, ob dieser Nachweis geliefert ist, und hiebei kommt es auf die Frage an, ob die Zahlung des vergleichsmäßigen Betrags der Schulden oder die Zahlung der ganzen ursprünglichen Schuldsumme erforderlich ist? Ungeachtet der gründlichen Vertheidigung der strengeren Ansicht in Annalen XX. S. 61 ff. glaube ich im Hinblicke auf L.R.S. 1234. 2044 ff Brauer Erläuterungen Bd. IV. zu H.R.S. 264 und nach dem alten Satze: „in dubio pro reo" der milderen Meinung den Vorzug geben zu müssen. Ist das Gesuch in dieser Beziehung mangelhaft, so ist es ohne weiteres zurückzuweisen, denn dann wäre nach Ansicht von H.R.S. 266 das öffentliche Ausschreiben unnöthig.

Wenn dagegen dieser Punkt in Ordnung zu sein scheint, so erläßt das Gericht eine öffentliche Aufforderung zur Einsprache binnen festzusetzender Frist (bürgerl. Pr.O. §. 267. 745), worauf jeder Gläubiger, der nicht ganz befriedigt ist, und jeder andere Betheiligte seine Einwendungen unter Beilage von Beweisstücken vortragen darf, ohne übrigens damit Gegenpartei des Bittstellers zu werden und ein contradictorisches Verfahren zu veranlassen. H.R.S. 265. 266. —

Gegenstand der Einsprache kann auch sein die Würdigkeit des Bittstellers im allgemeinen und insbesondere der Umstand, daß er sich in einem der von H.R.S. 268 bezeichneten Fälle befindet, allein das Gericht hat alles dieß selbst von Amtswegen zu prüfen (H.R.S. 265. 268) und die Ausführung Annalen XX. S. 63 und 64 zeigt ganz richtig, in welchem Sinne und mit welchen Mitteln hier das Gericht seine Aufgabe zu erfüllen hat.

Je nach dem Ergebniß dieser verschiedenen Untersuchungen ist die Wiederbefähigung zu ertheilen oder zu versagen.

Abgesehen von der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung, für welche die Rechtsmittel gesetzlich geregelt sind, und ferner abgesehen von den Fällen, in welchen nach dem Vorhergehenden die bürgerl. Pr.O. schon an und für sich maßgebend ist, muß noch die Frage wegen der Rechtsmittel erörtert werden, welche übrigens nur bezüglich der gerichtlichen Ermächtigung von Ehefrauen und bezüglich der Erbeinweisung der außerordentlichen Erbfolger, ferner bezüglich der Ernennung des Erbpflegers für lediges Erbe, sowie bezüglich der Einweisung von Erbnehmern in die Gewähr, und bezüglich der Ermächtigung zum Verzichte auf künftigen Unterhalt, sowie endlich bezüglich der Wiederbefähigung von Bedeutung ist, weil in den andern hierher gehörigen Fällen lediglich einfache Beschwerden denkbar sind, welche mehr oder minder den Charakter von Beschwerden wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtshülfe haben und als solche zulässig sein müssen. Würde z. B. ein Richter die begehrte Eintragung in das Buch der Entsagung verweigern, weil er den Nachsuchenden nicht für legitimirt oder den Fall für nicht dazu geeignet oder ein anderes Gericht für zuständig hält, so muß dem Betheiligten vom obigen Standpunkte aus das ihm unbedingt nothwendige Mittel eingeräumt werden, um bei dem Oberrichter Abhülfe zu erlangen. Vergleiche die unten folgende Erörterung vor: „Schlußbemerkung."

Fassen wir nun die namentlich hervorgehobenen Fälle in das Auge, so haben wir gesehen, daß bei der gerichtlichen Ermächtigung der Ehefrau wegen Weigerung des Mannes ein contradictorisches Verfahren nothwendig ist, bei der Erbeinweisung von außerordentlichen Erbfolgern und bei der Einweisung von Erbnehmern aber ein solches contradictorisches Verfahren durch Einsprache Dritter veranlaßt werden kann. Haben also hier contradictorische Verhandlungen stattgefunden, oder handelt es sich um eine gerichtliche Ermächtigung einer Frau wegen Weigerung des Mannes, so müssen dem einen und dem andern Theil die gewöhnlichen Rechtsmittel der bürgerl. Pr.O. eingeräumt werden, also auch jenes der Appellation und Oberappellation gegen das gewährende oder versagende Erkenntniß, je nachdem der immer leicht zu ermittelnde Werth der Sache (z. B der Betrag der Erbschaft oder des aufzunehmenden Anleihens) die Appellations- und Oberappellationssumme erreicht. Dieß ist bezüglich der Einweisung von außerordentlichen Erbfolgern und von Erbnehmern schon öfters und auch von dem obersten Gerichtshofe ausgesprochen worden, so daß man es als feststehende Praxis ansehen darf. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. XI. S. 132. 133. Bd. XIII S. 317 Annalen XX. S. 345. 346, XXII. S. 114, XXIII. S. 334. Was dagegen die Ermächtigung der Ehefrauen wegen Weigerung des Man-

nes betrifft, so habe ich darüber nur einen Ausspruch in unserer Literatur gefunden, nämlich Annalen XXI. S. 228, wo zwar kein Präjudiz mitgetheilt, aber doch die Zulässigkeit der Appellation aus wissenschaftlichen Gründen bekämpft wird. Diese Gründe widerlegen sich jedoch daraus, daß unmöglich die Entscheidung über hochwichtige Rechte grundsätzlich auf eine Instanz beschränkt sein kann, und daß der Werth des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts z. B. in jenem Falle der Werth des zu übergebenden Hofguts recht gut die Grundlage zur Anwendung von §§. 1126 ff. 1192 der bürgerl. Pr.O bilden kann, sowie daß endlich, nachdem der Gesetzgeber, wie wir gesehen haben, ein contradictorisches Verfahren vorgeschrieben hat, §. 1125 der bürgerl. Pr.O. Platz greift, da die Versagung oder Ertheilung der Ermächtigung immer dem einen oder dem anderen Theile etwas zu- oder aberkennt. Der letztere Gesichtspunkt berechtigt uns auch, alle die in den anderen Fällen mit contradictorischen Verhandlungen geltend gemachten Gründe für die Zulässigkeit der Appellation hieher zu beziehen, weßhalb diese nicht zu bezweifeln sein dürfte.

Ganz verschieden hievon sind diejenigen der bezeichneten Fälle, in welchen contradictorische Verhandlungen ausgeschlossen sind, also die Ermächtigung von Frauen wegen Verhinderung des Mannes, die Ernennung des Erbpflegers, die Ermächtigung zum Verzichte auf künftigen Unterhalt. und die Wiederbefähigung, denn hier ist das Informationsverfahren maßgebend, mithin die bürgerliche Prozeßordnung durchaus unanwendbar, und aus ihr weder für noch gegen die Zulässigkeit der Rechtsmittel etwas abzuleiten. Dem stehen gleich die Fälle der Einweisung von außerordentlichen Erbfolgern und von Erbnehmern, in welchen wegen Nichteinmischung Dritter keine contradictorischen Verhandlungen stattfanden, da auch für diese das Informationsverfahren eingehalten werden muß.

Hinsichtlich der Letzteren ist daran zu erinnern, daß der Dritte, welcher nicht vor Ertheilung der Einweisung intervenirt, nach meiner oben entwickelten Ansicht überhaupt kein Rechtsmittel gegen das Einweisungserkenntniß, sondern nur bürgerliche Klagen auf Herausgabe der Verlassenschaft gegen den Eingewiesenen hat.

Für alle diese Fälle mit Informationsverfahren fehlt in der That jeder gesetzliche Anhaltspunkt, um die Frage wegen der Rechtsmittel zu beantworten.

Für die Zulässigkeit der Rechtsmittel im Allgemeinen läßt sich die Rücksicht auf das große Interesse der Betheiligten anführen, und auch das schwache Argument aus §. 25 des Sportelgesetzes wollen wir nicht verschmähen, da dort offenbar für Rechtspolizeisachen der Gerichte ein Instanzenzug unterstellt ist. Von mehr Gewicht ist die Erwägung, daß, wenn die Versagung auf contradictorische Verhandlungen hin zur Appellation berechtigt, der zufällige Umstand unterbliebener Einsprache unmöglich Grund zum Wegfallen aller Rechtsmittel sein kann.

Aus dem mehrfach benützten Aufsatz in Annalen XX. No. 8 ist zu ersehen, daß das mittelrheinische Hofgericht in drei Fällen gegen die Verwerfung des Gesuchs um Wiederbefähigung eines Handelsmanns Rechtsmittel gestattete, ohne daß aber die deßfallsigen Gründe, und die Ansicht des Gerichtshofes über die Natur und die Fristen des Rechtsmittels mitgetheilt sind.

Am meisten könnte man geneigt sein, an eine analoge Anwendung der Recursordnung in Verwaltungssachen (Reg.Bl. 1833 No. 13) zu denken, allein dieselbe ist so sehr für die Verwaltungsbehörden berechnet, daß dies unstatthaft erscheint. Besser ist es, anzuerkennen, daß gesetzliche Bestimmungen fehlen, und in Anwendung von L.R.S. 4. 4a. 4b und II. Einf.Ed. §. 3 auf das gemeine Recht zu greifen, welches lehrt, daß in den fraglichen Fällen eine an keine Fristen gebundene Beschwerde bis in die höchste Instanz stattfindet. Claproth, freiwillige Gerichtshandlungen, 3. Aufl. §. 23b und S. 55 Deputationsabschied vom Jahre 1600 § 26.

Schlußbemerkung.

Nachdem Rechtspflege und Verwaltung auch in der untern Instanz getrennt, und den Bezirksverwaltungsbehörden ihre bisherige Zuständigkeit, namentlich auch in rechtspolizeilicher Beziehung, vorbehalten worden ist (Art. 2 der landesh. Verordnung vom 18. Juli 1857. Reg.Bl. No. 29), wird es gerechtfertigt sein, wenn ich hier den Versuch gemacht habe, nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung die Grenzen der rechtspolizeilichen Befugnisse von Gerichten und Verwaltungsbehörden festzustellen, und über das deßfallsige Verfahren bei dem Gerichte einige Hauptregeln aufzufinden. Hauptsächlich schwebte mir aber auch der Gedanke vor, zu zeigen, daß in beiderlei Beziehungen sowohl hinsichtlich der Grundsätze als auch hinsichtlich der Einzelnheiten die größte Rechtsunsicherheit herrsche, welche nach der Trennung von Justiz und Administration eine Abhilfe im Wege der Gesetzgebung dringend nothwendig mache. In neuester Zeit hat nun nach Nachrichten in öffentlichen Blättern die erste juristische

Autorität unseres Landes diesen Gegenstand in Anregung gebracht*), weßhalb es hierüber einer weiteren Erörterung von meiner Seite nicht bedarf, und ich mit dem Ausdrucke der erfreulichen Hoffnung schließen kann, daß diesem dringenden Bedürfniß bald Rechnung getragen werden wird.

Dr. Puchelt.

II.

Wasserrecht.

1) **Nur der Angrenzer kann sich des fließenden Wassers zur Bewässerung seines Eigenthums bedienen.**

2) **Derjenige aber, dessen Eigenthum durch einen öffentlichen Weg von dem fließenden Wasser getrennt ist, hat keinen Anspruch auf die Benutzung des letzteren.**

L.R.S. 644.

Müller gegen Vollmer.

In der Gemarkung Oberentersbach besitzt J. Müller ein Gut, durch welches eine kleine Thalbach fließt, womit er seine beiderseits liegenden Wiesen bewässert.

Weiter unten, rechts von der Bach, liegt das durch einen öffentlichen Weg hievon getrennte Gut des G. Vollmer, welcher gleichfalls Anspruch auf das Wasser macht, das jedoch nur durch einen unter dem öffentlichen Wege angelegten Dohlen aus der Bach auf sein Grundstück geleitet werden kann.

Da aber J. Müller auf seinem Gute solche Vorrichtungen getroffen hat, welche dem G. Vollmer kein Wasser zur Bewässerung seiner Wiese übrig lassen, so klagte Dieser gegen Jenen auf Anerkennung des Mitbenutzungsrechts ꝛc. unter Bezug auf L.R.S. 644.

Allein der Beklagte schützte vor, daß die Matte des Klägers gar nicht an das Bächlein stoße, indem zwischen diesem und dem Wiesenstück der Gemeindeweg liege. Die Gemeinde Entersbach sei also die Anstößerin an den Bach und wenn diese dem Kläger auch die angebrachte Leitung gestatte, so könne doch derselbe nicht zum Angrenzer werden, welchem allein das Recht zum Wasserbezuge aus der Bach gesetzlich zustände.

Der Unterrichter verwarf den Anspruch des Klägers, weil er nicht unmittelbarer Angrenzer des Baches sei. Derjenige nemlich, dessen Eigenthum durch einen öffentlichen Weg von dem Bach geschieden ist, kann nicht als ein Ufereigenthümer des Baches angesehen werden, er kann sich daher dieses Baches zur Wässerung seines Eigenthums nicht bedienen, oder in Folge dessen begehren, daß der Eigenthümer des höher gelegenen Grundstücks eine Berichtigung des Wasserlaufs vornehme. Thilo zu Satz 644 No. 23.

Im Allgemeinen gilt nemlich der Grundsatz, daß derjenige, an dessen Grundstück ein Wasser vorbeifließt, so wie der, durch dessen Grundstück ein solches Wasser fließt, von diesem Wasser zur Bewässerung seiner Wiesen beliebigen Gebrauch machen kann, vorausgesetzt, daß er durch den Gebrauch, den er von dem Wasser macht, nicht einer auf seinem Grundstück haftenden Dienstbarkeit Eintrag thut. Zachariä II. S. 29.

Eine Beschränkung dieses Gebrauchs läßt L.R.S. 644 dann eintreten, wenn auf der andern Seite des Wassers ein Anstößer ist; denn jetzt muß an der Stelle das Wasser in das Bachbett zurückgeleitet werden, von welcher an der Bach auf der einen Seite das Gut eines andern Eigenthümers berührt. Jahrbücher n. F. V. S. 302.

Die Rechte und Pflichten, welche Satz 644 den Anstößern auflegt, beruhen nemlich auf der Idee, daß jeder derselben das Bachbett zu gleichen Theilen besitze, also auf der Idee des Miteigenthums. Boileur zu S. 644.

Der Kläger stoßt aber mit seinem Eigenthum nicht an den Bach und das Wasser fließt nicht an seinem Eigenthum vorbei, sondern es liegt der öffentliche Weg dazwischen.

Der Wortlaut des §. 644 paßt also nicht auf den vorliegenden Fall (celui dont la propriété borde une eau courante.)

Auch darf man dem Gesetze keine erweiternde Auslegung geben, weil Servituten überhaupt einer strengen Auslegung unterworfen sind. Toullier zu S. 644.

Der Augenschein, verbunden mit der aufgenommenen Handzeichnung ergibt, daß zwischen Bach und Wiese des Klägers ein öffentlicher Fahrweg, nemlich die allgemeine Thalstraße liegt.

So weit die Entscheidungsgründe erster Instanz.

*) Die Begründung der von Sr. Excellenz dem Herrn Oberhofrichter Dr. Stabel in der I. Kammer angezeigten Motion auf Ueberweisung der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Gerichte und auf Regulirung des dabei einzuhaltenden Verfahrens ist mir leider nicht zugänglich gewesen, so daß ich die hieraus für meinen Aufsatz zu gewinnende Belehrung entbehren mußte. D. V.

Als diese Sache durch die Appellation des Klägers an das großh. Hofgericht gelangt war, ergab sich dort bei der Berathung eine Meinungsverschiedenheit, indem die Minorität (von 2 Stimmen) der untergerichtlichen Ansicht beitrat, wogegen die Majorität (von 3 Stimmen) den Anspruch des Klägers begründet fand, weil sein Eigenthum längs einem fließenden Wasser hinziehe. Es heiße im S. 644: „hinzieht," und nicht etwa „unmittelbar anstößt" Beide Ausdrücke seien wohl verschieden von einander Die Wiese des Klägers stoße nun nicht unmittelbar an den Bach, indem ein Weg dazwischen liege, aber sie ziehe längs dem Bache hin rc.

Demnach wurde in der zweiten Instanz das unterrichterliche Urtheil zu Gunsten des Klägers abgeändert, wogegen der Beklagte die Oberberufung ergriff und die Wiederherstellung des amtlichen Erkenntnisses begehrte.

In dritter Instanz traten nun ebenfalls zweierlei Ansichten zu Tag. Die oberhofgerichtliche Minorität (von 3 Stimmen) adoptirte die Meinung der hofgerichtlichen Majorität unter Berufung auf Pardessus (traité des servit. ad Art. 644 No 105), welcher dem Eigenthümer eines nur durch einen öffentlichen Weg von dem fließenden Wasser getrennten Grundstücks den nemlichen Vortheil in der Benützung des Wassers zugestehen will, wie dem unmittelbaren Angrenzer, wenn ihm die Verwaltung gestattet, unter dem Wege eine geeignete Wasserleitung anzubringen. Dieser Fall liege aber hier vor, da aus der Existenz des unter dem öffentlichen Wege nach der Wiese des Klägers angebrachten Dohlens geschlossen werden könne, daß solcher, als offene Anlage, nur mit Zustimmung der Gemeinde entstanden sei.

Dagegen machte die oberhofgerichtliche Majorität (von 4 Stimmen) die Ansicht des Untergerichts zu der ihrigen, gestützt auf die am 26 November 1832 von dem Gerichtshof zu Toulouse und am 2. Juni 1840 von jenem zu Bordeaux in gleichem Sinn gegebenen Entscheidungen, welchen sich namentlich Daviel No. 598, Garnier No. 771 und Nüßlin, Annalen XI. 119 angeschlossen haben.

Andere Schriftsteller, wie Duranton t. 5. No. 231, Proudhon t. 4. No. 1425 und Henrion de Pensey (compét. des jug. de paix) ch. 26. §. 2. pag. 237 sprechen auch demjenigen, welcher durch ein dazwischen liegendes Gut von der Bach getrennt ist, die Befugniß ab, selbst mit Bewilligung des Ufereigenthümers, einen Canal oder Dohlen auf dessen Grundstück zu graben, um das Wasser auf sein Gut, zum Zwecke der Bewässerung desselben, hinüber zu leiten.

Unter den neueren Comentatoren vertheidigt diese Ansicht namentlich Demolombe in seinem Cours de droit civ. t. VI. des servitudes No. 139 und 150, wo neben einer Reihe von Gewährsmännern auch noch eine Entscheidung des Gerichtshofs zu Angers vom 28. Januar 1847 allegirt ist, mit aller Entschiedenheit und hält insbesondere der oben gedachten Lehre von Pardessus entgegen, daß die Wohlthat des Art. 644 nur demjenigen zu statten komme, dessen Eigenthum von einem fließenden Wasser begränzt oder durchströmt (bordée ou traversée) ist; er gestattet die Benützung des Wassers ganz allein dem propriétaire riverain und nur für seine propriétés riveraines, mit Ausschluß aller derjenigen, deren Grundstücke irgendwie von dem fließenden Wasser abgeschnitten sind.

Die oberhofgerichtliche Entscheidung vom 8. Februar d. J., wodurch das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt wurde, beruht auf folgenden

Gründen:

Um aus L.R.S. 644 eine Berechtigung auf Mitbenützung eines fließenden Wassers zum Vortheil von liegenschaftlichem Eigenthum ableiten zu können, muß dieses sich längs einem Gewässer hinziehen, d. h. es muß dasselbe unmittelbar an das Ufer angrenzen. Ist daher eine Liegenschaft von diesem auch nur durch einen dem Eigenthümer derselben nicht gehörigen Weg geschieden, so fehlt es an der Voraussetzung für die Anwendbarkeit des obigen Landrechtsatzes.

Da nun aus dem vom Kläger selbst vorgelegten Plane, so wie aus dem Augenscheinsprotokolle vom 19. Juli 1856 in Verbindung mit dem damals aufgenommenen Handriß zweifellos hervorgeht, daß Kläger mit seinem Eigenthum nicht unmittelbarer Angrenzer an das Ufer des Thalbachs, sondern durch einen öffentlichen Weg davon getrennt ist, so erscheint derselbe zu der vorliegenden Klage gar nicht legitimirt, und darum der Beklagte durch das hofgerichtliche Urtheil, welches dem Kläger ein Mitbenützungsrecht an dem Bachwasser auf Grund des L.R.S. 644 zuerkannte, als beschwert rc.

D. R.

III.

Der einer Handelsgesellschaft auferlegte Eid kann von demjenigen Gesellschafter, welcher das betreffende Geschäft vollzogen hat, geleistet werden. Es kann nicht verlangt werden, daß alle Gesellschafter schwören.

A.S. 22 und 25.
Pr.O. §. 566 und 571.

So hat das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises J. S. Götz gegen Cassel den 21. Dezember 1857 entschieden, wie aus nachfolgenden Entscheidungsgründen hervorgeht:

Entscheidungsgründe.

Zur Ausschwörung des Eides, welcher dem klagenden Handlungshause durch diesseitiges Erkenntniß vom 15. September 1856 auferlegt wurde, hat sich der Chef desselben M. J. Götz erboten, weil das in Frage stehende Geschäft vorzugsweise durch ihn besorgt worden sei, und er sich hiernach vorzugsweise in der Lage befinde, den Wahrheitseid leisten zu können.

Die an die Stelle des ursprünglichen Beklagten getretene Cassel'sche Gantmasse hingegen verlangt, daß, weil hier die Bestimmung des §. 571 der Pr.O. zur Anwendung komme, diejenigen Mitglieder der klagenden Handelsgesellschaft, welche die auf den Eid gegebenen Handlungen vorgenommen haben, diesen Eid als Wahrheitseid, und diejenigen Gesellschaftsmitglieder, welche bei den fraglichen Handlungen nicht betheiligt seien, den Erfüllungseid als Nichtwissenseid, oder, wie in einer neuerlichen Eingabe begehrt wird, als Wissenseid schwören sollen, und daß wenn nur Einer der Gesellschafter den Eid verweigere, die in dem Urtheile hierauf gesetzte Folge ausgesprochen werde.

Dieses Begehren stellt sich jedoch als offenbar verwerflich dar.

Der Eid, um dessen Leistung es sich handelt, ist ein Wahrheitseid, es kann folglich nicht davon die Rede sein, daß einzelne Mitglieder der klagenden Handelsgesellschaft denselben als Wahrheitseid und einzelne Mitglieder ihn als Nichtwissenseid schwören, vielmehr ist der Eid so auszuschwören, wie er im Urtheil auferlegt wurde.

Es kann sich demgemäß nur fragen, ob es genügend ist, wenn eines der Mitglieder der klagenden Handelsgesellschaft, und zwar wie hier, der Chef des Hauses, dessen Namen die Gesellschaft an der Spitze trägt, den Eid leistet, und dieses ist unzweifelhaft der Fall.

Der offene Gesellschafter, und als solcher ist der sich zum Eide erbietende M. J. Götz zufolge A.S. 25 anzusehen, ist nach A.S. 22 befugt, Verpflichtungen für die Gesellschaft einzugehen und Rechte für dieselbe zu erwerben.

Wenn nun derselbe, wie von ihm geltend gemacht wird, die Aufträge vollzogen hat, welche der Beklagte der klagenden Gesellschaft ertheilte, und wenn aus dem Vollzuge dieser Aufträge eine Forderung für die von M. J. Götz vertretene Gesellschaft entstanden ist, so muß derselbe auch berechtigt sein, sich zum Nachweis des von ihm bewirkten Vollzugs zur Ableistung des der Gesellschaft deßfalls auferlegten Eides zu erbieten. Einer Ableistung des Eides durch alle Gesellschafter bedarf es nicht, weil schon die Handlungen eines einzelnen Mitglieds und beziehungsweise des Chefs der Handlung genügten, der Gesellschaft, die hier in Frage stehenden Rechte zu erwerben, und schon der Eid eines einzigen Mitglieds hinreicht, die auf den Eid gegebene Thatsache in rechtliche Gewißheit zu setzen.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus der weitern Betrachtung, daß der klagenden Handlung, im Falle sie etwa die Aufträge des Beklagten durch einen Handlungsgehilfen vollzogen haben würde, zufolge §. 566 der Pr.O befugt wäre, den ihr auferlegten Eid durch diesen Handlungsgehilfen ableisten zu lassen, ganz in derselben Lage aber befinden sich die übrigen Gesellschaftsmitglieder gegenüber dem M. J. Götz, welcher hier im Namen aller Gesellschafter die Aufträge des Beklagten vollzogen haben soll.

Anders verhielte sich die Sache, wenn der der Klägerin auferlegte Eid kein Wahrheitseid, sondern ein Eid über das Nichtwahrsein oder das Nichtwissen einer Thatsache sein würde, denn in diesem Falle könnte von einem oder dem andern der Gesellschaftsmitglieder die auf den Eid gegebene Handlung begangen oder gekannt sein, während sie von einzelnen Mitgliedern nicht begangen oder nicht gekannt ist; unter jener Voraussetzung wäre daher der Eid allerdings von allen Mitgliedern der Gesellschaft zu schwören; allein, wie bereits bemerkt, es handelt sich hier um Thatsachen, deren Wahrheit beschworen werden soll und und deren Existenz nicht mehr in Abrede zu stellen ist, wenn auch nur einer der Gesellschafter deren Wahrheit beschwört und wenn sie auch allen übrigen Mitgliedern der Gesellschaft fremd geblieben sein sollten.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des §. 198 der Pr.O. ist, wie geschehen, erkannt worden.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 4.

I.

Folgen der Nichterfüllung bei Käufen und Lieferungsverträgen.

Diese wurden von der Nürnberger Conferenz bei der ersten Lesung des allgemeinen Handelsgesetzbuchs folgendermaßen bestimmt:

Wenn Kauf- oder Lieferungsverträge von dem einen Contrahenten nicht erfüllt werden, kann der andere Contrahent unter folgenden Maßgaben einseitig den Vertrag aufheben:

1) Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises säumig und die Waare noch nicht übergeben ist, hat der Verkäufer die Wahl, ob er Zahlung und Schadenersatz fordern oder ob er von dem Vertrage abgehen und Schadenersatz verlangen will. Ist die Waare bereits übergeben, so hat er nur das Recht auf Zahlung und Schadenersatz.

2) Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare säumig ist, hat der Käufer die Wahl, ob er noch die Uebergabe und den Ersatz des Schadens fordern oder ob er von dem Vertrage abgehen und Schadenersatz verlangen will.

3) Ergibt sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrags, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes, daß die Erfüllung des Vertrags auf beiden Seiten theilbar ist, so kann die Aufhebung nur in Betreff des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theils des Vertrags gefordert werden.

4) Will der Verkäufer oder der Käufer von dem Vertrage abgehen, so hat er dies, sofern nicht Gefahr auf dem Verzug ist, dem andern Contrahenten, soweit thunlich, vorher anzuzeigen und diesem Gelegenheit zu geben, das Versäumte schleunig nachzuholen, widrigenfalls der Rücktritt, vorbehaltlich etwaiger Schadenansprüche des andern Contrahenten, wirkungslos ist.

5) Ist die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, zu einer festbestimmten Zeit, nicht früher und nicht später, bedungen, so kann jeder Contrahent, wenn der andere Theil nicht erfüllt, auch ohne vorherige Anzeige vom Vertrag abgehen und Schadenersatz verlangen, vorausgesetzt daß er selbst thatsächlich zu erfüllen bereit war.

Der Betrag des Schadens bildet mindestens die Differenz zwischen dem vertragsmäßigen Ankaufspreis und dem Börsen- oder Marktpreis am Tag und Ort der geschuldeten Lieferung.

Vergleichen wir diese Grundsätze mit dem bei uns geltenden Recht, so entsprechen sie, meines Erachtens, weit mehr als dieses, den Interessen des Handels, indem sie der böswilligen Chikane weit wirksamer begegnen. Art. 1184 unseres Landrechts gibt zwar auch, im Fall der Nichterfüllung des einen Contrahenten die Wahl zwischen Erfüllung und Auflösung, aber diese muß bei Gericht begehrt werden, und das Gericht kann nach Umständen einen Aufschub zum Vollzug gestatten. Hierdurch ist der redliche Contrahent in doppeltem Nachtheil; einmal muß er einen Prozeß beginnen und dann bleibt er längere Zeit, bis nämlich der Prozeß endgültig entschieden ist, in Ungewißheit, ob er über die verkaufte Waare verfügen, beziehungsweise ob er sich die ihm zu liefernde Waare anderwärts verschaffen darf? In Art. 1657 ist eben darum dem Verkäufer von Fahrnissen, welche vom Käufer in der bedungenen Zeit nicht in Empfang genommen werden, gestattet, von dem Vertrag abzugehen; dem Käufer ist aber ein gleiches Recht für den Fall, wenn der Verkäufer nicht in der bedungenen Zeit liefert, nicht eingeräumt, wodurch die Gleichberechtigung der Contrahen-

ten aufgehoben ist. Außerdem herrscht bekanntlich ein Streit darüber, ob der Verkäufer, welcher von dem Art. 1657 Gebrauch macht, den Ersatz seines etwaigen Schadens von dem säumigen Käufer verlangen kann.

Vrgl. darüber Annalen von 1840 S. 151.

Oberhofg. Jahrb. n. F. 11. Bd. S. 388.

Die Nürnberger Conferenz hat sich hierüber sehr präcis ausgesprochen. Außerdem hat man aus der unglücklichen Fassung des Art. 1184 gefolgert, daß die vom Gericht erkannte Auflösung, gleich dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, den Vertrag so aufhebe, als habe er nie bestanden, wodurch nicht allein dritte Personen beeinträchtigt werden können, sondern auch der Klage auf Entschädigung jede Grundlage entzogen wird.

Vrgl. darüber Annalen von 1839 S. 98.

Oberhofg. Jahrb. n. F. 5. Bd. S. 144 u. ff.

Der oben mitgetheilte Entwurf geht dagegen von dem theoretisch wie praktisch richtigern Gesichtspunkt aus, daß es einer Auflösung des Vertrags gar nicht bedarf, ja daß diese sogar zweckwidrig erscheint, weil dadurch nicht allein der redliche, sondern auch der unredliche Contrahent seiner Verbindlichkeit enthoben wird. Die Vertragsauflösung, welche das französische Recht eintreten läßt, ist daher gar nicht am Platz; vielmehr gilt es, den unredlichen Contrahenten am Vertrag festzuhalten, und ihn außerdem für die Folgen der Nichterfüllung verantwortlich zu machen, d. h. ihm neben der vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit noch die weitere aufzulegen, den durch seine Nichterfüllung herbeigeführten Schaden zu ersetzen. Bezüglich des redlichen Contrahenten gilt es, ihm einerseits alle nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung abzunehmen, d. h. ihm das Recht auf Schadenersatz zu gewähren, andererseits ihm auch zu gestatten, von einem Vertrage zurückzutreten, den sein Mitcontrahent thatsächlich schon verletzt hat. In beiden Beziehungen hat der Entwurf den Anforderungen der Billigkeit ebensosehr wie den Interessen des Handels entsprochen.

Der redliche Contrahent kann vom Vertrag, den der andere nicht erfüllt, abgehen, wenn er will, und kann dennoch den Ersatz seines Schadens verlangen. Dagegen kann der Verkäufer nicht, wie nach französischem Recht, die Wiederaufhebung des schon erfüllten Vertrags, beziehungsweise die Rückgabe der bereits tradirten Waaren verlangen, wenn auch der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt. In diesem Fall soll der Verkäufer nur auf Erfüllung und Schadenersatz klagen können. Dieselbe Beschränkung ist nicht auch für den Käufer aufgestellt, weßhalb man wird annehmen dürfen, daß dieser, wenn der Verkäufer nicht liefert, den gezahlten Kaufpreis zurückfordern kann. Hierin mag allerdings eine Ungleichheit der Stellung der Contrahenten gefunden werden; sie ist aber nicht so bedeutend wie in dem französischen Recht, weil die Vorauszahlungen von Seiten des Käufers doch selten vorkommen mögen. Jedenfalls hat der Entwurf den großen Vorzug vor dem französischen Recht, daß die Aufhebung des Vertrags nicht wie bei diesem ex tunc erfolgt, und dadurch die Beeinträchtigung dritter Personen vermieden wird. Es ist übrigens durch die angeführten Bestimmungen über die Zulässigkeit der Rückforderung der vom Verkäufer tradirten aber nicht bezahlten Waaren aus der Gant des Käufers noch nichts entschieden, indem die desfallsigen Vorschriften erst im fünften Buch, welches von der Handelsgant handelt, zu erwarten sind.

Durch den vierten Absatz des oben mitgetheilten Entwurfs wird das Recht des einen Contrahenten im Fall der Nichterfüllung von Seiten des andern vom Vertrag abzugehen, einigermaßen beschränkt. Während das französische Recht dem Richter gestattet, eine neue Frist zur Erfüllung zu setzen, soll hier diejenige Partei, welche zur Erfüllung bereit ist, der andern Gelegenheit geben, das Versäumte schleunig nachzuholen, widrigenfalls der Rücktritt wirkungslos ist. Davon sind jedoch die Fälle, in denen Gefahr auf dem Verzug ist, ausgenommen. Es könnte scheinen, als läge in dieser Bestimmung eine glückliche Lösung der entgegenstehenden Interessen der Contrahenten, indem sonst das angenommene System gar zu schroff nur das Interesse des einen Theils berücksichtigen würde. Man könnte sich zu deren Vertheidigung auch auf das römische Recht berufen, welches dem Säumigen eine purgatio morae gestattet. Gleichwohl kann ich mich mit derselben nicht einverstanden erklären. Das System, wie es die beiden ersten Artikel entwickeln, ist einfach, klar und allgemein verständlich; man wird sich sehr bald darnach einrichten. Dagegen ist dieser vierte Artikel eine Quelle von Verlegenheiten für den redlichen und eine Handhabe zu Chikanen für den unredlichen Contrahenten. Wer wegen Nichterfüllung des Vertrags von diesem abgehen will, muß es

1) vorher dem Andern anzeigen, und

2) ihm Gelegenheit geben, das Versäumte nachzuholen.

Wohnt der andere Contrahent an einem vielleicht ent-

fernten Orte, so bedarf es zur Anzeige und zur Nachholung einer gewissen Zeit, während welcher der zur Erfüllung bereite Contrahent in Ungewißheit bleibt. Er darf sich die Waare nicht anderwärts verschaffen, weil der Andere ja noch erfüllen kann. Nebenbei setzt er sich auch bei Bemessung der Zeit, welche er dem Andern zur Erfüllung läßt, der Gefahr aus, daß dieser die ihm bewilligte Frist zu kurz findet, um das Versäumte nachzuholen. Die römische purgatio morae erfordert ein Handeln von Seiten des Säumigen; dieser muß sich beeilen, nachträglich zu erfüllen, um die Folgen der mora abzuwenden; der Entwurf dagegen verlangt ein Handeln von Seiten des Nichtsäumigen, und legt ihm eine ganz neue Verbindlichkeit auf, während er doch bereit ist, seine vertragsmäßige Verbindlichkeit zu erfüllen. Außerdem gestattet das römische Recht eine purgatio morae nicht, wenn die Contrahenten eine Zeit zur Erfüllung festgesetzt hatten, während der Entwurf darauf nur dann Rücksicht nimmt, wenn es sich um Waaren handelt, die einen Börsen- oder Marktpreis haben (s. Art. 5). Bei diesen hat man wohl eingesehen, daß wegen des wechselnden Preises ein Verfahren, wie es der 4. Art. vorschreibt, zu den schreiendsten Ungerechtigkeiten führen würde; aber auch in andern Fällen ist, sobald eine Zeit zur Erfüllung vertragsmäßig festgesetzt wurde, jede spätere Erfüllung nicht mehr vertragsmäßig, ebendarum sollte man glauben, der andere Contrahent sei nicht mehr gehalten, sie anzunehmen, z. B. ein Baumeister schließt einen Vertrag über Lieferung von Steinen, ein Fabrikant über Lieferung von Rohstoffen, eine Eisenbahnverwaltung über Lieferung von Schienen u. s. w. unter Festsetzung einer bestimmten Lieferungszeit. Wird diese nicht eingehalten, so soll, wenn nicht Gefahr auf dem Verzug ist, dem Andern Gelegenheit gegeben werden, die Lieferung schleunig nachzuholen. Der Baumeister, der Fabrikant, die Eisenbahnverwaltung müssen daher nicht allein eine spätere Lieferung sich gefallen lassen, sie müssen sogar, was eigentlich noch empfindlicher ist, die vertragsmäßig stipulirte Lieferungszeit, weil sie von dem andern Contrahenten nicht eingehalten wurde, selbst erweitern, damit der Andere die verspätete Lieferung nachholen kann. Freilich fällt dies weg, wenn Gefahr auf dem Verzug ist. Ob aber im einzelnen Fall eine solche Gefahr vorhanden war, kann streitig werden. Wer steht dem, welcher, weil seiner Meinung nach Gefahr auf dem Verzuge war, von dem Vertrag ohne vorgängige Aufforderung des andern Theils abgegangen ist, dafür, daß der Richter seine Ansicht theilen würde? Ist der Richter anderer Ansicht, so ist der Rücktritt wirkungslos; er muß, wiewohl der Andere nicht zur rechten Zeit erfüllt hat, die spätere Erfüllung nach Monaten oder nach Jahren annehmen und hat den Verdruß und die Kosten eines verlorenen Prozesses obendrein. Gleichwohl ist nicht er, sondern der Andere, welcher den Vertrag nicht zur rechten Zeit erfüllt hat, der schuldige Theil. Der redliche und zur Erfüllung bereite Contrahent wird daher durch die angegebene Bestimmung in große Verlegenheit gesetzt: Will er einem Prozeß ausweichen, so muß er dem Andern Gelegenheit geben, den Vertrag nachträglich zu erfüllen, und somit die Gefahr, welche im Verzuge liegt, auf sich nehmen. Ein Baumeister, dem Steine nicht zur bedungenen Zeit geliefert werden, ist in dem Fortbau aufgehalten. Ist hier Gefahr in dem Verzug? Allerdings, werden die Einen sagen, denn wenn der Fortbau aufgehalten ist, so entsteht ein großer Schaden. Nein, werden Andere sagen, denn der Säumige muß ja den Schaden ersetzen. Derselbe Zweifel waltet, wenn einem Fabrikanten, der den Rohstoff zum Fortbetrieb seiner Fabrik bedarf, dieser nicht zur rechten Zeit geliefert wird. Der fünfte oben angeführte Artikel entbindet den zur Erfüllung bereiten Contrahenten von der Anzeige in dem Fall, wenn es sich von Gegenständen handelt, die einen Marktpreis oder Börsencours haben. In diesem Fall muß die bedungene Zeit eingehalten werden. Abgesehen von der Inconsequenz, in welche der Gesetzgeber hierdurch verfällt, kann es in Bezug auf viele Artikel zweifelhaft erscheinen, ob sie einen Marktpreis haben? Rohe Baumwolle hat einen Marktpreis in den großen Seeplätzen wie Liverpool, Havre, Bremen; aber bei uns im Binnenland schwerlich. Steinkohlen haben einen festen Preis, kann dieser als Marktpreis gelten? Meiner Meinung nach hätte man einen andern Unterschied aufstellen müssen: Wenn die Parteien eine Lieferungszeit verabredet haben, so muß es dabei sein Bewenden haben. Ist diese Zeit verstrichen, so ist eine spätere Lieferung nicht mehr vertragsmäßig, daher der andere Contrahent nicht mehr verbunden, sie anzunehmen, mithin kann er von dem Vertrag abgehen. Wenn dagegen keine Zeit bedungen war, so kann jeder Zeit erfüllt werden. Wer die Erfüllung wünscht, muß den Andern hiezu auffordern und ihm eine angemessene Frist zur Erfüllung setzen. Erst nach Umlauf derselben kann er vom Vertrag abgehen. So wird die Heiligkeit der Verträge aufrecht erhalten; das Gesetz ist klar, einfach,

bündig, allgemein verständlich und seine Anwendung bietet keine oder nur geringe Schwierigkeiten.

Aber auch so wie der obige Entwurf jetzt lautet, halte ich ihn für einen Fortschritt im Vergleich zu dem jetzt geltenden Recht. Insbesondere werden bei uns die bekannten Streitfragen wegen der Entschädigung und deren Berechnung abgeschnitten. Der Betrag des Schadens, sagt der Entwurf, bildet mindestens die Differenz zwischen dem verabredeten und dem Börsen- oder Marktpreis am Tag und Ort der Lieferung. Das römische Recht ist allerdings noch strenger, indem nach l. 3 §. 3 de act emti vend. (19. 1) der Kläger nicht an den Preis am Tag und Ort der Erfüllung gebunden ist, sondern den Preis, welchen die Waare am Tag der Klage und an dem Ort, wo die Klage angestellt wird, seiner Berechnung zu Grund legen kann. Merkwürdig ist der Grund, welchen Paulus in l. 21 §. 3 ibidem anführt: Wenn Jemand z. B. Wein verkauft, aber nicht liefert, so wird, sagt der römische Jurist, seine Verbindlichkeit nicht größer, wenn etwa der Käufer erst später klagt, wiewohl sie wächst, wenn der Wein im Preise steigt. Und dies mit vollem Recht, meint Paulus. Denn wenn der Verkäufer den Wein geliefert hätte, so hätte ihn der Käufer (mithin könnte er von dem höhern Preis Nutzen ziehen), wo er ihn aber nicht lieferte, so ist er doch mindestens verbunden, heute zu liefern, was er längst hätte liefern sollen. In ähnlicher Weise sagt unser Landrecht in Art. 1151 a, Verlust und Gewinn wird auf den höchsten laufenden Werth, der von der Beschädigung bis zur Entschädigung bestand, berechnet, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde, andernfalls auf den mittlern. Der Entwurf dagegen beschränkt die Schadenberechnung auf die Preise am Tag und Ort der Erfüllung, wenn nicht im einzelnen Fall ein höherer Schaden nachgewiesen wird, wahrscheinlich weil die Praxis an den Börsenplätzen sich dahin fixirt hat. Es ist übrigens zweifelhaft, ob diese Schadenberechnung, wie sie der Entwurf aufstellt, sich nur auf den fünften oder auf alle vorausgehenden Artikel bezieht? Eine weitere Zweideutigkeit liegt in den Worten „nicht früher und nicht später" im fünften Artikel, indem man annehmen könnte, diese Bestimmung gelte nur dann, wenn die Contrahenten außer der Festsetzung einer bestimmten Zeit auch noch verabredet haben, daß nicht früher und nicht später geliefert werden dürfe, während doch, wie ich glaube, durch die Bestimmung einer Lieferungszeit jede andere Zeit ausgeschlossen wird. Es hat aber dieser Zusatz noch den weitern Nachtheil, daß man leicht zu der Ansicht, als seien durch denselben alle Geschäfte ausgeschlossen, bei denen einem Theil rücksichtlich der Zeit der Erfüllung ein Spielraum gelassen ist, verleitet werden könnte, z. B. bei Prämiengeschäften wird gewöhnlich einem Contrahenten, welcher die Prämie zahlt, die Wahl gelassen, die Erfüllung während eines gewissen Zeitraums jeden Tag, wann er will, zu begehren.

vergl. Annalen von 1856 No. 47.

Auch der feste Kauf wird zuweilen in derselben Weise geschlossen, z. B. ein Festungscommando, eine Militärverwaltung bedingt sich die Lieferung gewisser Artikel, deren sie nur nach und nach bedarf, innerhalb gewisser Zeit, je nachdem sie es verlangen wird. Ein Bauunternehmer, ein Fabrikant, ja jeder Kleinverkäufer kann vermöge seines Geschäftsbetriebs in der Lage sein, ähnliche Verträge abzuschließen. Alle diese Verträge könnten durch jene Fassung des 5. Artikels gefährdet werden.

Da eine zweite und sogar eine dritte Lesung des Handelsgesetzbuchs bevorsteht, so können diese Bemerkungen vielleicht noch Berücksichtigung finden.

Dr. Ladenburg.

II.

Worin unterscheidet sich das strafrechtliche Verfahren in Anklagesachen von jenem in andern Untersuchungsfällen?

Wenn auch in nachstehender Zusammenstellung nichts wesentlich Neues gesagt ist, so dürfte es dennoch zu einem mehr übereinstimmenden Verfahren in Anklagesachen beitragen, diesen Gegenstand hier zur Sprache gebracht zu haben, indem erfahrungsgemäß darin sich auch jene Ansichten entgegenstehen, von welchen schon in No. 51. III. der Annalen v. J. die Rede war.

Der Grundsatz, daß in Anklagesachen das strafrechtliche Einschreiten allein von der Erhebung einer Anklage abhänge, im übrigen aber lediglich von Amtswegen vorzufahren sei, und selbst über den Antrag des Anklägers Strafe ausgesprochen werden könne, — führt nach meiner Ansicht zu weit und ist dem Gesetze nicht gemäß, wie aus Folgendem hervorgehen dürfte.

1) Anklagen finden statt wegen Ehrenkränkung, Verläumdung und falscher Beschuldigung nach §. 315 des

Str.G., ferner wegen unerlaubter Selbsthilfe nach §. 279 und wegen Körperverletzung nach §. 238 in Verbindung mit §. 227 und 232 und 237. Die in §. 279 angedrohte Geldstrafe fällt sogar dem Anklägen zu, wogegen bei Ehrenkränkungen der Ankläger zu Gunsten öffentlicher Anstalten über die Geldstrafe verfügen kann. §. 313.

Es kann nicht bestritten werden, daß solche Anklagen die Natur eines Civilrechts haben, worüber dem Ankläger Verfügungsgewalt zusteht. (Mayer, Strafverfahren pag. 62). Eine deßfallsige Untersuchung hat nur Privatgenugthuung zum Zwecke, und amtspflichtiges Verfahren ist ausgeschlossen. (Beck, Str.Pr.O. pag. 40.)

Untersuchungen dagegen, welche von Amtswegen einzuleiten sind, bezwecken im öffentlichen Interesse die Wiederherstellung der durch den Verbrecher rechtswidrig verschuldeten Störung der Rechtsordnung.

2) Ein Ankläger ist Partei — sein Gegner ist der Angeklagte — es ist daher unzuläßig, daß ein Ankläger in seiner eigenen Klagsache wie ein Zeuge beeidigt oder verpflichtet werde. —

Ein Beschädigter in einer von Amtswegen und auf Anzeige eingeleiteten Untersuchung wird als Zeuge behandelt, selbst wenn er sich seines Privatschadens wegen angeschlossen hat.

3) Ein Ankläger wegen Ehrenkränkung muß, wenn er in der nämlichen Gemeinde mit dem Angeklagten wohnt, einen Versöhnungsversuch vor dem Bürgermeister veranlassen, sonst wird seine Klage gar nicht angenommen. §. 33 des Einf.Ed. Diese Vorschrift enthält einerseits eine Erschwerung für den Ankläger um zu seinem Rechte zu gelangen, und andererseits beweist sie, daß es im Wunsche des Gesetzgebers liegt, daß die Parteien sich versöhnen, und statt in Streitigkeiten, im Frieden leben, ein Wunsch, dem der Richter auch durch weitere Versöhnungsversuche im Laufe der Untersuchung Rechnung zu tragen haben wird.

In anderen Untersuchungen kann als über Gegenstände des öffentlichen Rechts von keiner Aussöhnung die Rede sein; nur die Rücknahme von Anzeigen ist unter Umständen gestattet. (Annalen 1851 S. 153.)

4) Wenn der Angeklagte widerspricht, so hat der Ankläger den Beweis der Klagbehauptungen zu führen. §. 332 der Str.Pr.O.

Hieraus folgt, daß es nicht nothwendig erscheint, schon mit der Anklage Beweis anzutreten; denn wenn der Angeklagte eingesteht, so ist der Beweis als erbracht anzusehen. (Thilo, Str.Pr.O. pag. 142.) Es folgt aber auch ferner daraus, daß zuvörderst beide Theile mitsammen vorzuladen sind, einmal um eine Versöhnung zu versuchen, und sodann weil es lediglich unnöthige Kosten veranlassen hieße, Zeugen vorzuladen und etwa sogar einzuvernehmen, wenn der Angeklagte unumwunden eingesteht.

Bei anderen Untersuchungen dagegen müssen alle Beweise von Amtswegen aufgesucht und erhoben werden, und selbst neben dem Geständnisse des Angeschuldigten all das was für und gegen ihn spricht. §. 71 der Str.P.O.

5) Hinsichtlich der Erhebung der vom Ankläger bezeichneten Beweise, so wie hinsichtlich der Ermittlung der Wahrheit überhaupt findet zwar nicht das civilrechtliche, sondern das strafrechtliche Verfahren statt, wie bei allen Vergehen. (Thilo l. c.) Allein aus dem was oben sub. 1 und 2 gesagt wurde, — wornach es sich um einen Privatstreit handelt — folgt der Natur der Sache nach, daß die angetretenen Beweise der Gegenpartei eröffnet werden müssen, daß sie zur Gegenbeweisantretung berechtigt ist (§. 341 der Str.Pr.O.), daß beide Theile bei der Beweiserhebung selbst zugegen sein, und z. B. bei der Zeugenabhör vermittelst des Richters Erläuterungsfragen stellen dürfen. Eben weil man materielle Wahrheit verlangt, wird dies nicht allein zuläßig, sondern sogar nothwendig sein, und Geheimnisse darf es in diesen Untersuchungen zwischen den streitenden Theilen auch keine geben.

In andern Strafsachen dagegen werden die Zeugen einzeln und allein abgehört, §. 152 der Str.Pr.O, und die erhobenen Beweise werden erst durch den Richter dem Angeschuldigten bekannt gemacht und vorgehalten. Nur über die Wahl von Sachverständigen oder Urkundspersonen ist ein Angeschuldigter unter Umständen vor der Beweiserhebung zu vernehmen. §. 90 und 133 der St.P.O.

6) Der Ankläger kann jederzeit von der Anklage abstehen, §. 322 der Str.Pr.O., welche Bestimmung auch auf die übrigen Fälle der Anklage zu beziehen ist. (Annalen 1851 pag. 157 Note.) Der Angeklagte kann nur Kostenersatz verlangen, und etwa wegen falscher Beschuldigung klagen. §. 284 und 341 der St.Pr.O.

In andern Untersuchungen ist nur ein Einstellen des Verfahrens gestattet, wenn entweder die That durch kein Strafgesetz verboten oder wegen Unlänglichkeit der Beweise keine Verurtheilung erfolgen kann. §. 28. 35 und 39 des Einf.Ed. Der §. 341 der Str.Pr.O. findet auch auf bloße

Anzeigen statt. Die Zulässigkeit der Rücknahme der Anzeige ist schon sub. 3 erwähnt.

7) Beim Ankläger gelten gewisse Versäumnisse als Verzicht. (§. 332 No. 3 und 4 der Str.Pr.O. §. 27 des Einf.Ed.) Dies beruht auf der privatrechtlichen Natur der Anklage; bei andern auf dem öffentlichen Rechte fußenden Untersuchungen kann von Verzichten keine Rede sein. —

8) Wenn der Ankläger in der Klage eine besondere Bekanntmachung des Urtheils verlangt, so hat der Angeklagte auch darüber, wie über die Anklage selbst, seine Vernehmlassung abzugeben, wie sich der Commissionsbericht ausspricht (Thilo Str.G. S. 288.) Dies bildet einen weiteren Beleg zu No. 4 und 5. —

9) Wenn das Verfahren aus irgend einem Grunde beruhen bleibt und der Ankläger betreibt dieselbe nicht innerhalb eines Jahres, so ist die gerichtliche Betreibung erloschen. §. 325 des Str.G. Dies soll und kann bei andern Untersuchungen nicht vorkommen, denn sie müssen von Amtswegen zur Erledigung geführt werden. —

10) Die gerichtliche Verfolgung in Anklagesachen ist in kürzerer Zeit verjährt, als in andern Untersuchungen. §. 190 323 des Str.G.

11) Der Ankläger, wenn er unterliegt, muß dem Angeklagten alle Kosten ersetzen, soweit dieser nicht selbst in die Kosten verfällt wird. — In anderen Untersuchungen hat der Anzeiger oder Beschädigte keine Kosten zu tragen, auch wenn der Angezeigte oder Angeschuldigte nicht verurtheilt wird, wissentlich falsche Anzeigen ausgenommen. §. 356 der Str.Pr.O.

12) Dem Ankläger steht der Rekurs unbedingt zu. §. 338 der Str.Pr.O., namentlich wegen des Strafpunktes; dem Beschädigten aber nur wegen der Entschädigung beim Vorhandensein entsprechender Summe. arg. ibid.

13) Strafen in Anklagesachen können erst vollzogen werden, wenn der Ankläger nicht innerhalb 4 Wochen nach der Rechtskraft des Erkenntnisses auf den Vollzug verzichtet. §. 343 der Str.Pr.O. Bei andern Straferkenntnissen beginnt der Vollzug alsbald nach der Rechtskraft. arg. ibid.

14) Im Sportelgesetze vom 13. Mai 1856 §. 55 sind Bestimmungen getroffen wegen Gebrauchs von Stempeln in gerichtlichen Strafsachen, welche auf Privatanklage betrieben werden, und wo ebenfalls von „beiden Theilen" die Rede ist; und nach §. 3 der Verord. vom 14. Mai 1856 ist die Behandlung der Sporteln in Privatanklagesachen ganz mit jenen in bürgerlichen Rechtssachen zusammengestellt, wogegen in andern Untersuchungen die Sporteln erst im Endkostenverzeichniß zusammengestellt werden. §. 8 l. c. Die weiteren Strafprozeßkosten, welche durch Vorladungen, Gebühren der Zeugen Sachverständigen u. s. w. entstehen (§. 355 der Str.Pr O.), sind dagegen wie in anderen gerichtlichen Untersuchungen zu behandeln. Justizministerial-Verordnung vom 21. Oktober 1854, insbesondere sind also auch in Anklagesachen die Zeugengebühren an den Ortssteuererheber zu weisen.

Indem ich auf meine Eingangs erwähnte Bemerkung zurückkomme, wünsche ich nur noch anderweite Stimmen zu vernehmen, namentlich über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des sub. 4 und 5 angeregten Verfahrens.

H.

III.

Anfrage.

Aus dem neuen Sportelgesetze.

Gegen eine mit Hinweisung auf §. 12 Ziff. 2 Abs. 4 und §. 14 Abs. 3 und 4 desselben erkannte Stempelbuße von 15 kr., beziehungsweise 18 kr. wurde nach §. 4 Abs. 3 Einsprache erhoben und folgendermaßen begründet:

1) Die der Beweisantretung beigefügte Abschrift einer Urkunde ist auf das zweite Blatt des zweiten Stempelbogens geschrieben, und hätte ebensogut in den Context der Eingabe aufgenommen werden können, so daß dann der Schluß der letztern auf der Seite gestanden hätte, wo nun die Abschrift der Urkunde steht und eine Stempelbuße ohnehin nicht zulässig gewesen wäre.

2) Diese Abschrift der Urkunde ist nicht mit der Beweisantretung zum Gericht gekommen, weil sie beigelegt worden, sondern deßwegen, weil das zweite Blatt des zweiten Bogens nicht abgeschnitten worden. Sie ist daher keine Beilage, wozu nach Ziff. 2 Abs. 4 §. 12 des Sportelgesetzes ein 3 kr. Stempel nöthig ist.

3) Die Schlußsätze des Abs. 3 und 4 §. 14 desselben sprechen nicht für die Nothwendigkeit der Stempelbeilage, sondern klar und bestimmt dagegen. Fragliche Abschrift ist auf Stempelpapier geschrieben, ist keine gesonderte Urkunde, und mehrere Urkunden auf demselben Stempelbogen zu schreiben ist gestattet.

Auf die Bitte um Verfügung zur Rückzahlung der

18 kr. erwiederte aber das Amt S., daß es sich nicht veranlaßt sehe, die ausgesprochene Stempelbuße aufzuheben, und dem ꝛc. überlasse, sich beschwerend an großh. Hofgericht zu wenden.

Wegen Geringfügigkeit der Summe wurde natürlich dies nicht gethan Im Interesse eines richtigen Verständnisses des neuen Sportelgesetzes wird nun aber die Anfrage gestellt:

1) War die Nacherhebung von 3 fr. für einen Stempel und die Stempelbuße gegründet?

2) Wenn die Beschwerde an das Obergericht schriftlich ausgeführt worden wäre, hätte dazu ein 30 kr. Stempel gebraucht, und im Falle der Verwerfung derselben die Sportel des §. 27 mit 3 fl. oder welche Sportel sonst angesetzt werden müssen.

S.

Antwort.

Zu 1). Der §. 14 des Sportelgesetzes schreibt vor, daß für jede Urkunde, ohne Unterschied zwischen Orginalen und Abschriften, die erforderliche Zahl Stempelbogen so oft beizulegen sei, als sie zu Gerichtsacten übergeben werde. Diese Vorschrift wird zur Anwendung kommen, so oft eine Urkunde nach §. 377 Pr.O. mit der Beweisantretung, wenn auch nur abschriftlich, vorgelegt wird. Es fragt sich nun, ob die Abschrift einer Urkunde auch in eine Prozeßschrift aufgenommen oder auf das für die Schrift verwendete Stempelpapier gefertigt werden darf, ohne einen Stempelbogen von 3 kr. beizulegen. Vom fiskalischen Standpunkte aus wird man mit dem Amtsgerichte S. geltend machen, die Verwendung des, nach Ziff. 2 des §. 12 des Sportelgesetzes für Beweisurkunden besonders vorgeschriebenen und selbst bei wiederholter Vorlage auf Stempelpapier geschriebener Urkunden nach §. 14 des Gesetzes nöthigen Stempelpapiers dürfe nicht dadurch umgangen werden, daß die Abschrift einer Urkunde, statt auf den Stempel für Beweisurkunden noch auf das für die Beweisantretungsschrift zu verwendende Stempelpapier gesetzt werde und sonach die Stempelbuße in dem oben angeführten Falle nach §. 54 Sportelgesetzes gerechtfertigt finden.

Jedoch fehlt es nicht an Gründen gegen die Erkennung einer Stempelbuße. Der Stempel für Urkunden ist nämlich nur für den Fall vorgeschrieben, daß sie im Orginal oder in Abschrift, dem Gerichte persönlich übergeben, oder daß sie als Beilagen mit einer Prozeßschrift dem Gericht vorgelegt werden. In beiden Fällen sind sie entweder auf Stempelpapier geschrieben oder mit dem erforderlichen Beilagestempel zu überreichen, beziehungsweise vorzulegen. Allein ebenso wie der Inhalt einer Urkunde in die Schrift aufgenommen werden darf, so wird auch die Abschrift einer noch vorzulegenden Urkunde am Schlusse einer Schrift beigefügt und hierzu das für die Schrift verwendete Stempelpapier benützt werden dürfen: denn dieses darf vollständig beschrieben, es dürfen ja auch mehrere Urkunden auf denselben Stempelbogen geschrieben werden.

Hiernach dürfte die strengere Ansicht des Amtsgerichts S. kaum gerechtfertigt erscheinen.

Zu 2). Zu der Beschwerdeführung, welche nach §. 4 des Sportelgesetzes dem Zahlungspflichtigen gegen die Erkennung von Stempelbußen zusteht, werden die höheren Stempelklassen nach Ziff. 1 des Sportelgesetzes nicht zu verwenden sein, obschon die Stempelklasse zu 3 kr. nur in den unter Ziff. 2 daselbst aufgezählten Ausnahmsfällen verwendet werden darf, und der fraglichen Beschwerdeführung dort nicht gedacht ist.

S. Annalen 1857 (XXIV.) No. 27. II. 1. S. 212. 213.

Auch bezüglich des Spotelansatzes ist zwar die Beschwerdeführung gegen Stempelbußen nicht von der Vorschrift des §. 27 des Sportelgesetzes ausgenommen, und man wird im Hinblick auf §. 4 des Sp.G. den Ansatz einer Stempelbuße für eine dienstpolizeiliche Verfügung halten und sonach den §. 7 der Vollzugsverord. auch bei Beschwerdeführungen gegen Stempelbußen zur Anwendung bringen dürfen, obschon diese Beschwerdeführung jeweils an das Obergericht, also gegen Ansätze des Hofgerichts nicht an das Justizministerium, die Oberbehörde in Dienstpolizeisachen, sondern an das Oberhofgericht geht.

Andernfalls wäre auch der Versuch, im Wege der Beschwerdeführung eine Stempelbuße abzuwenden, für den Fall des Mißlingens offenbar über Verhältniß kostspielig, daher nur wenn bedeutendere Summen auf dem Spiel stehen, zu wagen. Eine solche Abschreckung von dem Gebrauch des gesetzlich geordneten Rechtsmittels kann aber kaum in der Absicht des Gesetzgebers liegen, welcher doch in §. 4 des Sp.G. seinen Willen kund gegeben hat, daß die Anwendung des Sp.G. von den Hofgerichten überwacht und wesentliche Irrthümer sogar von Amtswegen berichtigt werden.

Stf.

IV.

Zur Anwendung des Sportelgesetzes.

(s. Annalen 1857 No. 27. II.)

8) Zu §. 61 des Sp.Ges. In einem Straffalle, in welchem Civil- und Militärpersonen angeschuldigt waren, setzte das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises für das Urtheil, welches gegen die Civilpersonen von ihm erlassen wurde, die Sportel nach §. 61 des Gesetzes an. Nachdem die Akten an die Militärbehörde abgegeben waren, um dort das Urtheil gegen die betheiligten Militärpersonen zu erlassen, ergab es sich, daß diese unterdessen ausgedient hatten, sonach in den Civilstand zurückgetreten waren. Das Hofgericht mußte deßhalb nachträglich auch gegen diese Angeschuldigten noch das Erkenntniß geben und setzte hiefür abermals die volle Urtheilssportel nach Maaßgabe der §§. 70. 61 des Gesetzes an.

9) Zu §. 59. 69 des Sp.Ges. In einer Untersuchung wegen Ehrenkränkung war eine von dem Hofgerichte zu erkennende Gefängnißstrafe von 10 Wochen, fürsorglich eine von dem Amtsgericht zu erkennende Strafe beantragt. Dieses sprach die Angeklagten von der Anklage frei und verurtheilte die Ankläger in die Kosten des Strafprozesses. Auf ergriffenen Rekurs wurde das amtsgerichtliche Urtheil von dem Hofgericht bestätigt und berichtigend angeordnet, daß beim Sportelansatz die höchste Klasse der amtlichen Urtheilssportel zu Grund gelegt werde.

Nachtrag zu Zif. 5. Daß die Sportel des §. 24 des Gesetzes nicht für Ausscheidung der sich nicht zum Ersatz eignenden Posten der Deservitorien, welche von Amtswegen gelegenheitlich der Dekretur geschicht, sondern nur für Erkenntnisse über Kostenliquidationen anzusetzen ist, ergibt sich auch aus §§. 21 und 23 der Begründung des Gesetzesentwurfs über Sporteln und Stempel in bürgerlichen Rechtssachen und gerichtlichen Strafsachen, wo gesagt ist:

„Die Bemühungen des Gerichts bei Eröffnung einer Gant ꝛc. sind aber so bedeutend, daß ein mäßiger Sportelansatz dafür gewiß sich rechtfertigt. Gleiches gilt ebenso von der Entscheidung über Kostenliquidationen. (§. 175 der Prozeßordnung.)"

Ferner sprechen für diese Auslegung die Worte des Gesetzes selbst im zweiten Absatz des §. 24: „Geschieht die Liquidation der Kosten zu Protokoll" und nach §. 2 des Sportelgesetzes sind dessen Bestimmungen streng auszulegen.

vrgl. auch Ziff. I. der Begründung des Gesetzesentwurfs.

Stf.

V.

Anzeige.

Von der im Verlage der Joh. Phil. Raw'schen Buchhandlung zu Nürnberg erscheinenden

Zeitschrift
für
Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtssachen ꝛc.

sind seit der ersten Anzeige in No. 17 S. 136 des XXIV. Jahrgangs der Annalen von 1857 zwei weitere Hefte erschienen, welche Zeugniß davon geben, daß der Sammlung interessanter Stoff genug zu Gebot steht.

Je näher wir dem Zeitpunkte rücken, welchem es vorbehalten ist, ein allgemeines Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland in Wirksamkeit treten zu sehen, desto mehr wird die Klekke'sche Zeitschrift die Aufmerksamkeit des handeltreibenden und juristischen Publikums auf sich lenken.

Wenn daher nicht alle Zeichen trügen, so ist dem Unternehmen eine glänzende Zukunft gesichert.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. **Jahrgang XXV.** **No. 5.**

I.

Editionseid.

1) Das Erkenntniß auf einen Editionseid ist keine bloße Verfügung, von welcher der Richter, wie von einer Beweisauflage, wieder abgehen kann.

2) Ein solches Erkenntniß kann, auch wenn das Editionsgesuch nur als Nebensache im Prozesse vorkommt, von Collegialgerichten nur nach vorheriger öffentlicher und mündlicher Verhandlung erlassen werden.

3) Der §. 1188 der Pr.O., welcher die schriftliche Verhandlung der abgekürzten Appellation vor dem Unterrichter im Auge hat, ist auf ein Zwischenurtheil der bezeichneten Art nicht anwendbar.

Schreyer gegen Schreyer.

In der Appellationsbeschwerdeschrift war ein Editionsgesuch gestellt und dem Kläger der Editionseid in der Form des §. 752 der Pr.O. zugeschoben, welcher von Diesem auch fürsorglich angenommen worden ist.

Nachdem nun das großh. Hofgericht unterm 18. August 1857 auf diesen Eid erkannt hatte, ergriff der Kläger die Oberberufung und stellte gegen das hofgerichtliche Erkenntniß sowohl formelle als materielle Beschwerden auf. Von den letzteren wird nicht weiter die Rede sein, weil hierüber nach Maßgabe des §. 1129 der Pr.O. keine Entscheidung gegeben wurde.

In formeller Hinsicht beschwerte sich der Kläger deßhalb, weil ihm das großh. Hofgericht die mündliche Rechtsausführung entzogen und in einer, im ordentlichen Verfahren mündlich und öffentlich zu verhandelnden Prozeßsache in geheimer Sitzung ein Erkenntniß gegeben habe, während das Gesetz nicht vorschreibe, daß Erkenntnisse über den Editionseid von den gewöhnlichen Formen des Verfahrens bei den Collegialgerichten ausgenommen sein und ohne Verhandlung erlassen werden sollen. Pr.O. §. 1074 und 1077.

Nirgends sei gesagt, daß vor der mündlichen Verhandlung der Hauptsache ein Erkenntniß über den zugeschobenen Editionseid ohne alle mündliche Verhandlung erfolgen könne. Es seien daher die Vorschriften des Verfahrens, insbesondere der §§. 1064. 1091. 1092. 1102. 1105. 1107. 1171 der Pr.O. verletzt, nach welchen dem hofgerichtlichen Erkenntnisse eine öffentliche und mündliche Verhandlung hätte vorhergehen müssen.

Die Zulässigkeit des Rechtsmittels könne nach den §§. 1126 No. 3 und 1130 der Pr.O. keinem Zweifel unterliegen.

Das Begehren ging dahin: das hofgerichtliche Erkenntniß vom 18. August 1857 aufzuheben und dem großh. Hofgericht aufzugeben, diese Sache in öffentlicher Gerichtssitzung mündlich zu verhandeln und salva appellatione zu entscheiden.

Da eventuell wegen Verletzung des §. 1064 der Pr.O. zugleich das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergriffen war, so wurde der Schriftsatz dem großh. Hofgerichte zum Berichte mitgetheilt, in welchem die Beschwerde als unbegründet dargestellt ist, weil eine mündliche Verhandlung überhaupt nicht stattgefunden habe, weßhalb von einer Verletzung ihrer Form durch Entziehung der gebotenen Oeffentlichkeit die Rede nicht sein könne.

In der gänzlichen Umgehung der mündlichen Verhandlung könne nach Verschiedenheit der Ansichten eine Verletzung der Vorschriften anderer Bestimmungen der Pr.O. als der obigen gefunden, eine solche aber nicht im Wege

der Beschwerdeführung geltend gemacht werden. Uebrigens scheine eine mündliche Verhandlung hier mit Bezug auf §. 641 und arg. §. 1188 Pr.O. nicht erforderlich.

Hiernächst wurde, nachdem noch der klägerische Anwalt zur Nachweisung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Oberappellation in die öffentl. Gerichtssitzung vorgeladen und mit seiner mündlichen Ausführung gehört worden war, gedachtes Rechtsmittel durch oberhofgerichtl. Beschluß vom 27. November 1857 zugelassen und auf weitere Verhandlung durch oberhofgerichtl. Urtheil vom 2. März l. J. das hofgerichtl. Erkenntniß vom 18. August 1857 aufgehoben und das großh. Hofgericht angewiesen, eine mündliche Verhandlung — entweder gesondert oder in Verbindung mit der Hauptsache — anzuordnen und dann erst über die Pflicht des Klägers zur Herausgabe der Darlehensurkunde und zur Leistung des Editionseides zu erkennen.

Entscheidungsgründe.

Die Oberappellation des Klägers gegen das hofgerichtliche Erkenntniß vom 18. August 1857 — wodurch über das in der Appellationsbeschwerdschrift gestellte Nebengesuch der Beklagten um Herausgabe der Darlehensurkunde vom Oktober 1855 und über den hierüber dem Kläger zugeschobenen Editionseid entschieden wurde — ist zulässig, weil sie auf eine vom großh. Hofgericht verletzte Vorschrift des Verfahrens sich gründet, und die Bestimmung des §. 1193 der Pr.O.:

> daß die Oberappellation in keinem Falle gegen Erkenntnisse über Gesuche um Herausgabe von Urkunden, wenn diese letztern als Nebensachen vorkommen, statt finde,

im Hinblick auf §. 1192 nur besagen will, daß eine solche Oberappellation auch beim Vorhandensein der nach §. 1192 erforderlichen Summe unstatthaft sei; dagegen überall nicht die Anwendbarkeit des §. 1128 und 1130 beschränken wollte.

Das Appellationsgericht hat nun aber die Vorschrift des §. 1105 der Pr.O. verletzt, indem es ohne mündliche Verhandlung über das Editionsgesuch erkannte; eine rechtsähnliche Anwendung des auf das Appellationsverfahren bezüglichen §. 1188 ist unstatthaft und §. 1174 Abs. 2 nicht anwendbar, weil jenes Erkenntniß keine bloße Verfügung ist, von welcher der Richter wieder abgehen kann.

Das Rechtsmittel hiegegen ist auch schon jetzt, vor Erlassung des Endurtheils in zweiter Instanz, zuzulassen, weil das angefochtene Erkenntniß für den Kläger einen Nachtheil begründet, welcher durch die Verbindung seiner Beschwerde mit der Oberappellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte, den Nachtheil nämlich, die streitige Urkunde herausgeben oder ihren Besitz eidlich abläugnen zu müssen, ohne in mündlichem Vortrage sich hiegegen vertheidigt zu haben. Pr.O. §. 353. 1128 Ziff. 2.

Das Rechtsmittel bleibt jedoch auf Ausführung und Beurtheilung derjenigen Beschwerde beschränkt, wegen der die Oberappellation bei mangelnder Summe zulässig ist, also auf die Beurtheilung der Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens. (§. 1129. 1130.)

Das Vorhandensein der erforderlichen Oberappellationssumme von 500 fl., beziehungsweise 1000 fl. ist nicht nachgewiesen; denn der Streitgegenstand ist die Weglassung der Summe von 700 fl. aus der Theilung, an welcher Summe das Betreffniß des Klägers mit einem Drittheil also mit 233 fl. 20 kr. in Abzug kommt, so daß noch 466 fl. 40 kr. übrig bleiben.

Das angefochtene Erkenntniß ist nur ein Zwischenurtheil, kein Endurtheil; die Sache ist daher an das großh. Hofgericht zurückzuweisen. Pr.O. §. 1178. 1194.

D. R.

II.

1) Im Herzogthum Nassau werden ausländische Urtheile nicht auf Requisition, sondern nur auf unmittelbaren Antrag der Betheiligten vollstreckt.
2) Ein Gläubiger kann auf eine dem Schuldner angefallene Erbschaft nicht durch Erwirkung eines Zuweisungsbefehls (§. 982 Ziff. 4 Pr.O.) ein Vorrecht vor den übrigen Gläubigern erwirken.
3) Grundstücke im Auslande werden von im Inland erwirkten Unterpfandsrechten nicht erfaßt.

Im Juli 1852 entfernte sich Bierbrauer Joseph L. von Heidelberg heimlich von seinem Wohnorte. Auf Antrag Betheiligter nahm die Rechtspolizeibehörde sein Vermögen auf, auch wurde Buchhändler Hofmeister als Abwesenheitspfleger bestellt und auf dessen Antrag Gant erkannt. Der Vertheilungsbescheid wurde am 19. April 1854 verkündet.

Bald nachher fiel dem Joseph L. durch den Tod seiner

Grosmutter in Höchst eine Erbschaft zu. Verschiedene in der Gant nicht vollständig befriedigte Gläubiger beantragten bei dem Oberamte Heidelberg die Anlegung eines Arrests auf diese Erbschaft. §. 654 Pr.O. Das herzoglich Nassau'sche Justizamt zu Höchst weigerte sich aber, die Arrestverfügung der Theilungsbehörde (Landesoberschultheiferei) zu Höchst zustellen zu lassen, weil nach dortigen Gesetzen die Vollstreckung ausländischer Urtheile nicht auf Requisition, sondern nur auf unmittelbaren Antrag der Parteien stattfinde.

Thomas G. hatte unterdessen am 15. Mai 1854 ein Arrestdecret und am 19. Juni desselben Jahres eine Zuweisungsverfügung (§ 982 ff. Pr.O) für seine Restforderung erwirkt, welche dem Abwesenheitspfleger Hofmeister sofort behändigt wurden.

Auf den Antrag mehrerer Gläubiger bestellte und verpflichtete dann das Oberamt Heidelberg den Actuar Chevalier als Abwesenheitspfleger und erließ am 28. November 1854 ein neues Ganterkenntniß.

Thomas G. meldete den durch die Zahlung in der früheren Gant nicht gedeckten Rest seiner, durch unbedingten Befehl vom 1. Juli 1851 auf 2477 fl. festgestellten, Forderung mit 2045 fl. 48 kr. an, und verlangte auf den Grund der Zuweisungsverfügung vom 19. Juni 1854 Befriedigung außer der Gant aus dem Nachlaß der Wittwe Döst, eventuell Befriedigung in vierter Ordnung mit Vorrang vom 1. Juli 1851, dem Tag des unbedingten Befehls. Die Forderung wurde anerkannt, dagegen der Anspruch auf Befriedigung außer der Gant, sowie das Vorzugsrecht beanstandet.

In dem Ganturtheile vom 14. August 1855 wurden die Gläubiger aus der früheren Gant, darunter Thomas G., unter Bezugnahme auf L.R.S. 2218a in IV. Ordnung gesetzt und G. mit seinem Absonderungsbegehren abgewiesen.

Auf seine Appellation erkannte am 9. Januar 1856 der II. Civ.-Sen. des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises:

Das Ganturtheil des großh. Oberamts Heidelberg vom 14. August 1855 — soweit dasselbe besagt:

IV. Ordnung.

14) Kaufmann Thomas G. dahier 2045 fl. 48 kr. nebst Zins vom 30. März 1854. Rest aus Darleihen. Mit seinem Begehren auf Befriedigung außerhalb der Gant aus der dem Gantmann anerfallenen Erbschaft der Eva Döst Wittwe wird derselbe abgewiesen.

Sämmtliche in dieser Ordnung genannten Gläubiger erhalten zu gleichen Theilen ihre Befriedigung u. s. w. — sei, soweit dagegen appellirt wurde, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten mit der Modification zu bestätigen, daß die Gläubiger IV. Ordnung statt zu „gleichen Theilen" nach Verhältniß ihrer Forderungen zu befriedigen sind.

In den Entscheidungsgründen wurde hervorgehoben, die von dem Unterrichter angewendete Form des Vollstreckungsverfahrens (§. 982 Pr.O.) greife nach dem unzweifelhaften Wortlaut der §§. 982—993 der Pr.O. nur bei Geldforderungen Platz, finde daher auf Erbansprüche nach den §§. 935. 949. Pr.O. keine Anwendung. Thomas G. habe sonach durch Zugriff auf die Erbansprüche des Joseph L. ein Recht auf Befriedigung vor andern Gläubigern nicht erwerben, sondern nach L.R.S. 788. 1166 nur die Rechte seines Schuldners neben dessen anderen Gläubigern ausüben können.

Uebrigens erwerbe auch der betreibende Gläubiger die Befugniß, eine Forderung seines Schuldners für sich geltend zu machen, nur dadurch, daß die gerichtliche Zuweisung nicht nur seinem Schuldner, sondern auch dem Schuldner seines Schuldners zugestellt wird. §. 982 Z. 1 und 4 der Pr.O.

L.R.S. 1690. 2010g.

Deßhalb müßte selbst dann, wenn die Eröffnung der Zuweisungsverfügung an die Theilungsbehörde nicht verweigert worden wäre, das eingeleitete Zugriffsverfahren als unwirksam angesehen werden, weil die Theilungsbehörde, abgesehen von dem hier nicht behaupteten Falle, daß eine Erbschaft bei ihr hinterlegt ist, nicht als die Schuldnerin des Erbberechtigten betrachtet werden könne.

Hiernach habe der Unterrichter die Ansprüche des Gantmanns an den Nachlaß der Wittwe Döst gemäß §§. 1039—1041. 1043 Pr.O. mit Recht als einen Bestandtheil der Gantmasse angesehen.

Bezüglich der eventuellen Beschwerde des Thomas G., daß ihm nicht Unterpfandsrecht in IV. Ordnung vom 1. Juli 1851, somit Vorrang auf den Erlös der dem Gantmann anerfallenen Liegenschaften vor den übrigen Gläubigern IV. Ordnung zuerkannt worden, sei zwar nach L.R.S. 2117. 2123. 2218a Ziff. 4 nicht zu bestreiten, daß Thomas G. durch den vollzugsreifen unbedingten Befehl, welchen er am 1. Juli 1851 gegen Joseph L. erwirkte, richterliches Unterpfandsrecht und damit das Recht auf Befriedigung aus dem liegenschaftlichen Vermögen vor den gemeinen Gläubigern erworben habe. Dieses

wegen mangelnden Eintrags im Pfandbuche nach L.R.S. 2218a Ziff. 4 und Brauers Erläuterungen Bd. IV. S. 268. In Verbindung mit S. 180. 192 nur in beschränkter Weise wirksame, Unterpfandsrecht ergreife aber ebensowenig wie das vollgiltige, Liegenschaften im Auslande, weil Unterpfandsrechte an solchen Liegenschaften nach L.R.S. 3 Abs. 2 nur auf den Grund der ausländischen Gesetze erworben werden können. vergl. Zachariä I. §. 31. 3.

Da nun Thomas G. nur bezüglich der dem Gantmanne angefallenen, im Herzogthum Nassau gelegenen, Liegenschaften der verstorbenen Wittwe Döst Vorrang anspreche, aber nicht behaupte, daß ihm nach Nassauischen Gesetzen ein Unterpfandsrecht an jenen Liegenschaften zustehe, so stelle sich auch seine zweite Beschwerde als grundlos dar. Dagegen hätten die Gläubiger V. Ordnung Anlaß zur Beschwerde, wenn der Erlös aus jenen Liegenschaften vorerst zur Befriedigung der Gläubiger IV. Ordnung verwendet werden sollte.

Bezüglich der weiteren Beschwerde des Thomas G. sei anzunehmen, daß der Unterrichter unter dem Ausdruck: „gleiche Theile“ nur „verhältnißmäßig gleiche“ Theile verstanden habe. Stf.

III.

Bestechung.

1) Das Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 (Reg.-Bl. No. XXX. S. 279) besteht neben dem allgemeinen St.G.B. fort.

2) Die Bestechung eines Zollbediensteten gehört zu den Zollvergehen.

3) Die Strafe einer solchen Bestechung richtet sich nicht nach §. 664 und 670 des St.G.B., sondern nach §. 42 des Z.St.G.

Am 29. Mai 1857 wurde in Kehl bei einer körperlichen Visitation dem Julius Hart von Ludwigsburg ein Stück Seidenzeug abgenommen, den derselbe behufs der Verzollung nicht vorgezeigt hatte.

Von dem durchsuchenden Postenführer Beck darauf aufmerksam gemacht, daß er hierwegen straffällig erscheine, bot er diesem eine goldene Taschenuhr unter der Bedingung zum Geschenke an, daß dem Vorfall keine weitere Folge gegeben werde.

Beck brachte jedoch die Defraudation sowie den Bestechungsversuch zur Anzeige, worüber bei großh. Bezirksamt Kork gerichtliche Untersuchung eingeleitet wurde, auf deren Grund das großh. Hofgericht den J. Hart der Bestechung für schuldig erklärte und deßhalb unter Confiscation der dem Postenführer Beck angebotenen Taschenuhr zu einer Geldstrafe von 50 fl. ꝛc. verurtheilte.

Dieses Urtheil stützt sich auf die §§. 664 und 670 des St.G.B.

Die großh. Zolldirection ergriff jedoch dagegen den Recurs und führte aus, daß nach §. 5 des Einf.-Ed. zum Str.G.B. vom 5. Februar 1851 die Gesetze und Verordnungen über Bestrafung von Zollvergeben neben dem Str.G.B. bestehen, so daß also namentlich das Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 in seiner vollen Wirksamkeit aufrecht erhalten sei.

Der §. 42 des letztern belege nun die Bestechung eines zur Wahrung des Zollinteresses verpflichteten Bediensteten wegen einer zu dessen amtlichem Wirkungskreise gehörigen Handlung mit einer dem 24fachen Werthe des Geschenkes gleichkommenden Geldstrafe, weßhalb gebeten werde, den Angeschuldigten in eine Strafe von 480 fl. — gleich dem 24fachen Werth der gerichtlich zu 20 fl. taxirten Uhr — zu verurtheilen.

Diesen Antrag hielt jedoch der oberhofgerichtliche Referent für unbegründet, weil der §. 42 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837 durch den §. 4 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 aufgehoben und keineswegs zu den neben dem jetzigen Strafgesetz in Wirksamkeit gebliebenen (§. 5 Ziff. 5 des Einf.Ges.) Gesetzen über Bestrafung der Zollvergehen zu rechnen sei.

Der Instructivvotant fügte noch weiter hinzu:

Die Bestechung sei, was wenigstens die That des Bestechenden betreffe, ein gemeines Verbrechen, daher deren Beurtheilung der allgemeinen Strafgesetzgebung unterworfen. Das Zollstrafgesetz von 1837 enthalte zwar im §. 42 specielle Bestimmungen hinsichtlich der Bestrafung von Bestechungen, welche anläßlich einer Zolldefraudation, dem Zolldienstpersonal gegenüber, versucht werden. Unter den beibehaltenen älteren Strafgesetzen erwähne § 5 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 Gesetze und Verordnungen über Bestrafung der Zollvergehen. Die Bestechung eines Zollofficianten sei aber kein specielles Zollvergehen, sondern ein bei Gelegenheit der Verübung oder Entdeckung eines Zollvergehens verübtes, mit dem Zollvergehen concurrirendes gemeines Verbrechen.

Der §. 16 des Einf.G., welcher von der Gerichtsbarkeit der Aemter handle, erwähne nochmals unter No. 27 der „Zollvergehen" und weiße dort den Aemtern die Urtheilsfällung in solchen zu, „die Fälle der §§. 34 bis 40 des Z.Str.G. ausgenommen."

Wenn nun das neue Gesetz unter den Zollvergehen, bezüglich welcher die ältere Gesetzgebung beibehalten werden wollte, auch die in § 42 des Z.Str.G. erwähnten Fälle hätte mitbegreifen wollen, so wäre es natürlich gewesen, auch diese letzteren Fälle von der amtlichen Strafcompetenz ausdrücklich auszunehmen, da das Amt ja ohnehin nicht wegen Bestechung erkennen könne.

Da Solches nicht geschehen, so werde dadurch die Behauptung bestärkt, daß der betreffende Fall der allgemeinen Strafgesetzgebung unterworfen werden wollte.

Auch aus No. 29 des §. 16 des Einf.G werde nichts Gegentheiliges abzuleiten sein. Der §. 664 des St.G.B. bedrohe nämlich den Bestechenden mit einer Geldstrafe bis 500 fl. oder mit Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten.

Nach dem Zollstrafgesetze soll der 24fache Betrag des gegebenen oder angebotenen Geschenks als Strafe dienen, wobei leicht der Fall eintreten könnte, daß das Maximum der im allgemeinen Strafgesetz angedrohten Geldstrafe (nämlich schon wenn nur ein Geschenk im Werthe von 21 fl. angeboten sei) überschritten werden müßte. Es liege nun aber nicht der entfernteste Grund vor, aus welchem für Bestechung von Zollbediensteten ein anderes, und wie bemerkt, oft höheres Strafmaß, als für Bestechung von andern öffentlichen Beamten und Dienern, Platz greifen sollte; oder warum diejenige, welche Zollbeamte zu bestechen suchen, von der Bestrafung mit Gefängniß ganz eximirt sein sollten — —

Dieser Ansicht der beiden Hauptvotanten entgegen erachtete die Majorität (des II. Sen.) die Recursbeschwerde für begründet.

Indem nämlich das Z.Str.G. im §. 42 eine specielle Bestimmung über die Bestrafung derjenigen Bestechungen gibt, welche an einem Zollbediensteten anläßlich einer Zolldefraudation verübt oder versucht werden, gibt es zu erkennen, daß es derartige Bestechungen zu den Zollvergehen rechnet.

Da nun nach §. 5 Ziff. 5 des Einf.G. vom 5. Februar 1851 die Gesetze über Bestrafung der Zollvergehen neben dem allgemeinen Str.G.B. fortbestehen sollen und damit die fortdauernde Wirksamkeit des Z.Str.G. in Bezug auf alle Vergehen anerkannt ist, welche in diesem Gesetz als Zollvergehen bezeichnet sind, so ist auch dessen Strafbestimmung in §. 42 beibehalten und demnach die an einem Zollbediensteten versuchte Bestechung nicht nach §. 664 und 670 des allgemeinen Str.G.B., sondern nach §. 42 des Z.Str.G. zu bestrafen. Darnach besteht aber die Strafe im 24fachen Werthe des gegebenen oder angebotenen Geschenks. Der Angeschuldigte hat daher, indem er den Postenführer Beck mittelst Anbietung einer Uhr im Werth von 20 fl. zu bestechen suchte, eine Geldstrafe von 480 fl. verwirkt. Die Confiscation des angebotenen Geschenks findet dagegen nicht statt.

Hiernach wurde der Angeschuldigte durch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 29. Dezember 1857 in eine Geldstrafe von 480 fl. verfällt.

D. R.

IV.

Der einer moralischen Person, wie einem Fond, einer Stiftung, zugeschobene Eid ist nur dann in der Form des Nichtwahrseins zu leisten, wenn die zu beschwörenden Thatsachen nicht nur eigene Handlungen des Delaten sind, sondern auch seiner ihn zur Zeit des Rechtsstreites noch vertretenden Vorsteher.

Pr.O. §. 530.

Kaufmann Habich behauptete, daß er dem Heiligenfond in Steinmauern in den Jahren 1841 bis 1843 und 1848 verschiedene Wachslieferungen gemacht habe.

Da seine außergerichtlichen Bemühungen zur Zahlung zu gelangen, ohne Erfolg blieben, so beklagte er den Fond. Seit der Zeit der angeblichen Lieferungen hatten alle Mitglieder des Stiftungsvorstandes gewechselt. Die zur Zeit der Klage im Vorstande befindlichen Personen bestritten die Klagethatsachen. Der Kläger schob dem Beklagten den Eid darüber zu. Die Vertreter des Fonds wollten ihn nur in der Form des Nichtwissens leisten. Der Kläger beharrte jedoch darauf, daß sie in der Form des Nichtwahrseins schwören sollten, weil eigene Handlungen des Fonds, Bestellen und Annehmen der Waaren, den Gegenstand des Eides bildeten, und man auch wegen des Umstandes, daß die Vertreter des Fonds

gewechselt haben, nicht von den Handlungen der früheren Vertreter als von Handlungen der Rechtsvorfahrer im Sinne des §. 530 Ziff. 2 Pr.O sprechen könne, da der Fond jetzt wie früher dieselbe moralische Person sei, welche gehandelt, und welche diese Handlungen zu vertreten habe.

Der Unterrichter erkannte auf den zugeschobenen Eid in der Form:

Die beklagte Heiligenstiftung hat den Eid zu leisten:

„Es ist nicht wahr, daß" u. s. w.

Hierdurch hielt sich die beklagte Stiftung für beschwert, indem ihre Vertreter nicht verpflichtet seien in dieser Form einen Eid über Thatsachen auszuschwören, welche ihnen völlig fremd seien. Das mittelrheinische Hofgericht erachtete diese Beschwerde für begründet.

Es änderte das unterrichterliche Urtheil dahin ab:

Die beklagte Heiligenstiftung hat durch der zu beschwörenden Thatsachen am besten kundige Personen den Haupteid darüber zu leisten:

„Ich habe sorfältiger Nachfor-
„schung ungeachtet, die Ueberzeu-
„gung nicht erlangt, daß die Heiligen-
„stiftung Steinmauern u. s. w."

Hierüber besagen die

Entscheidungsgründe.

„Die Appellationsbeschwerde des Beklagten ist dahin gerichtet, daß der ihm von dem Kläger zugeschobene Eid in der Form: „Es ist nicht wahr" — und nicht in der: „Ich weiß nicht" — nach dem unterrichterlichen Urtheile ausgeschworen werden soll

Nach §. 530 Pr.O. soll der Eid „über eigene Handlungen dessen, dem er zugeschoben wird," in der Form geleistet werden, daß das Nichtwahrsein beschworen wird, und wenn der Eid über Handlungen des Rechtsvorfahrers, oder derjenigen Personen für deren Handlungen der Delat haftet, zu schwören ist, in der Form geleistet werden, daß der Schwörende sorgfältiger Nachforschungen unerachtet die Ueberzeugung nicht erlangt habe.

Es ist auch, wie der Kläger gegen die Appellationsbeschwerde ausführt, allerdings richtig, daß es eigene Handlungen des Beklagten sind, welche den Gegenstand des Eides bilden. Denn ein Heiligenfond ist in der That eine moralische Person, welche mit dem durch Tod oder andere Ursachen bedingten Wechsel der Personen seiner Vertreter nicht zu existiren aufhört, und eine Körperschaft in dem Sinne des §. 568 Pr.O, weil in dem Fond die Genossenschaft der Kirchengemeindemitglieder, insofern sie durch diese Eigenschaft Eigenthümerin des Fonds ist, und insoweit sie durch den Besitz dieses Fonds berechtigt und verpflichtet ist, belangt wird

Allein weder durch den §. 530, noch durch den §. 568 Pr O. wird ausgeschlossen, daß der beklagte Fond den ihm zugeschobenen Eid in der Form des Nichtwissens ausschwört. Denn der Fond als solcher, d. h. als Kirchenvermögen, kann gar nicht handeln, er kann weder kaufen, noch zahlen, noch schwören. Es ist lediglich eine Rechtsdichtung, wodurch derselbe als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten erscheint. Seine Vertreter sind es, welche statt seiner Rechtshandlungen vornehmen.

Wenn das Gesetz in §. 530 Ziff. 1 Pr.O. von dem, welchem der Eid über eigene Handlungen zugeschoben wird, verlangt, daß er ihn in der Form des Nichtwahrseins schwört, so liegt der Grund davon darin, daß man von Jedem verlangen kann, daß er sich mit Bestimmtheit über diejenigen Handlungen erkläre, welche er selbst vorgenommen hat,*) weil er von diesen, wenn nicht Ausnahmsfälle vorliegen, Kenntniß haben muß. Wenn aber ein Fond belangt wird, der keine lebende Person, daher auch nicht mit den Eigenschaften lebender Personen ausgerüstet ist, somit auch nicht Gedächtniß und Erinnerung besitzt, so kann man von eigenen Handlungen des Fond im Sinne der §. 530 Pr.O. nicht, oder wenigstens nur dann sprechen, wenn die Vertreter desselben, welche die fragliche Handlungen vorgenommen haben sollen, zur Zeit der Eideszuschiebung noch Vertreter des Fonds sind."

Es wird nun ausgeführt, daß dieses in vorliegender Sache nicht der Fall sei; sodann wird fortgefahren: „Würde man von den Vertretern des Fonds verlangen, daß sie den ihnen zugeschobenen Eid in der Form des Nichtwahrseins schwören, so könnten die Vertreter, wenn sie nicht selbst gehandelt hatten, den Eid ebenfalls nur schwören oder verweigern, wenn sie, was vorausgesetzt

---

*) Dieser Grundsatz ist klar auch im X. Titel „von den Parteiverträgen" ausgesprochen, wo der §. 273 sagt: „Jede Partei hat sich bestimmt über die Wahrheit jeder einzelnen Thatsache zu erklären. Die Erklärung des Nichtwissens gilt für Widerspruch, ist aber bei eigenen Handlungen des Einlassungspflichtigen unstatthaft."

D. E.

werden muß, gewissenhaft handeln wollen, nachdem sie die vorliegenden Materialien einer gewissenhaften Prüfung unterworfen, nachdem sie sorgfältige Nachforschungen angestellt, und sich so ihre Ueberzeugung gebildet haben. Der Sache nach wäre daher auch der Kläger, wollte man den Vertretern des beklagten Fonds den Eid in einer Form auflegen, welchen sie nach der Beschaffenheit der Verhältnisse nicht leisten können, keineswegs in einer anderen für ihn günstigeren Lage, da die Vertreter des Fonds immer nur auf den Grund ihrer Ueberzeugung und nicht auf den Grund eigener Wahrnehmung oder Erinnerung den Eid schwören oder verweigern würden."

Ottendorff.

V.

Aufforderung zur Klage.

Die Einrede, daß dem Auffordernden selbst eine Klage zustehe (§. 728 Pr.O.), kann dem Auffordernden nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn durch diese Klage eine Entscheidung der gerade streitigen Frage unmittelbar herbeigeführt werden muß.

Auf Ableben der Caroline Früh wurde von deren Ehemann, und drei Kindern eine Erbtheilung vorgenommen. Unter Anderem wurde dabei bestimmt, daß die Ehesteuer der Tochter Emilie, Ehefrau Belser, von dem Tage des Abschlusses ihrer Ehe an verzinslich sein, und jeder Miterbe verpflichtet sein solle, der Emilie Belser als Antheil an dem Zinsguthaben 564 fl. 39 kr. zu bezahlen. Bei dieser Theilung war der abwesende und noch minderjährige Sohn Wilhelm Früh durch einen Pfleger vertreten. Ehe jedoch die obervormundschaftliche Bestätigung erfolgte, kehrte der inzwischen volljährig gewordene Früh zurück, und erklärte vor der Theilungsbehörde, daß er den Anspruch der Emilie Belser auf Verzinslichkeit der Ehesteuer, sowie noch einen andern Theil des Erbvergleichs nicht anerkenne, im Uebrigen aber Inventur und Theilung genehmige. Gleichwohl erhob Emilie Belser eine Klage gegen ihren Vater, worin sie auf den Grund des Erbvergleichs Zahlung einer Forderung begehrte. Das mittelrheinische Hofgericht wies am 24. Dezember 1855 die Klägerin ab; in den Entscheidungsgründen führte es aus, daß ein Erbvergleich nur dann zu Recht bestehe, wenn alle Erbinteressenten alle Theile des Vergleichs anerkennen.

Gegen Wilhelm Früh aber erhob die Emilie Belser eine „wegen Erbtheilung" rubrizirte Klage, worin der Inhalt der Inventur und des Erbvergleichs im Wesentlichen angegeben und der Weigerung des Wilhelm Früh, den Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Ehesteuerzinsen anzuerkennen gedacht, das Gesuch aber dahin gestellt wurde:

> daß der Beklagte für schuldig erklärt werde, die Verzinslichkeit der Ehesteuer der Klägerin und das Zinsguthaben mit 564 fl. 39 kr. anzuerkennen, sowie daß dieser Betrag als Schuld des Beklagten an die Klägerin in die zu fertigenden Verweisungen aufgenommen wird.

Es wurde Ladung erkannt; ehe jedoch der Beklagte die Vernehmlassung abgab, bat die Klägerin die Verhandlungen bis auf Weiteres beruhen zu lassen, was geschah.

Nun erhob Wilhelm Früh eine Aufforderung zur Klage gegen seine Schwester Emilie Belser, indem er in der erhobenen und nicht fortgesetzten Klage die Berühmung bestimmter Ansprüche an ihn erblickte, welche seinem kaufmännischen Credit Nachtheil brächten.

Die Beklagte führte namentlich im zweiten Rechtszuge zu ihrer Vertheidigung die eben erzählten Thatsachen an, und suchte daraus, insbesondere aus dem Umstande, daß nach dem hofgerichtlichen Urtheile vom 24. Dezember 1855 unter den Erben die Gemeinschaft an der Verlassenschaftsmasse der Caroline Früh noch ungetheilt fortbestehe, abzuleiten, daß nach L.R.S. 837 dem Aufforderungskläger eine selbstständige Klage, die auf Erbtheilung, zustehe, um die streitige Frage der Entscheidung des Richters zu unterbreiten, und er daher nach §. 728 Pr.O. das Recht nicht habe, sie, die Aufgeforderte zur Erhebung einer Klage zu zwingen.

Der Unterrichter hatte dem Gesuche der Aufforderungsklage Statt gegeben und die Aufforderungsbeklagte für schuldig erklärt, die in der früher erhobenen Klage aufgestellten Ansprüche auf Zahlung der Ehesteuerzinsen gerichtlich geltend zu machen, widrigenfalls u. s. w. Dieses Urtheil bestätigte das mittelrheinische Hofgericht. Die Entscheidungsgründe, insoweit sie sich auf die zur Begründung der Einrede aus §. 728 Pr.O. vorgetragenen, oben erwähnten Verhältnisse beziehen, lauten wie folgt:

In Erwägung, daß die von dem appellantischen Theile im zweiten Rechtszuge vorgetragenen neuen Thatsachen

nicht geeignet sind, die Aufforderungsklage als unstatthaft darzustellen, da, wenn es auch richtig ist, daß unter den Erben der Carolina Früh, deren Hinterlassenschaft noch in ungetheilter Gemeinschaft besteht, und der unter den Erbinteressenten abgeschlossene Vergleich wegen der verweigerten Zustimmung des Wilhelm Früh hiezu gemäß dem hofgerichtlichen Urtheile vom 24. Dezember 1855 eine Rechtswirkung nicht haben kann, daraus nur hervorgeht, daß jedem Erben eine Klage auf Erbtheilung zusteht;

In Erwägung aber, daß das Recht auf Theilung zu klagen, noch nicht die Befugniß eines Erben in sich schließt, früher gemachte Ansprüche eines Miterben zur richterlichen Entscheidung zu bringen, von welcher er noch gar nicht einmal weiß, ob sie bei der nun zu pflegenden Theilung wiederum werden erhoben werden;

In Erwägung, daß L.R.S. 837, auf welchen sich Appellantin beruft, vielmehr gerade voraussetzt, daß über diejenigen Punkte des Erbtheilungsgeschäftes, welche vor den Richter zur Entscheidung verwiesen werden sollen, die Streitigkeiten veranlassenden Ansprüche von einem Miterben bereits erhoben waren, dieser Landrechtssatz daher nicht gegen den Aufforderungskläger spricht;

In Erwägung, daß dem §. 728 Pr.O. eine allzuweite Ausdehnung gegeben würde, wollte man auch demjenigen eine Aufforderungsklage versagen, welchem gegen den Aufgeforderten zwar eine Klage zusteht, durch die er mittelbar und folgeweise eine Entscheidung über die berühmten Ansprüche, vielleicht unter weiteren Voraussetzungen, herbeiführen könnte, wenn es nicht zum Voraus gewiß ist, daß durch diese Klage auch eine Entscheidung darüber herbeigeführt werden muß.

Aus diesen Gründen wurde bestätigend erkannt."

Ottendorff.

VI.

Literaturbericht.

Beiträge
zur
Hypothekar-Reform, Lehre von der Gewähr des liegenden Eigenthums und den besten Mitteln, den persönlichen und sachlichen Credit der Liegenschaftsbesitzer zu heben.

von

Hermanuz,

großh. Stadtamtsrevisor und Bezirksnotar.

Unter diesem Titel ist so eben im Verlage der Friedr. Wagner'schen Buchhandlung zu Freiburg i. B. eine Schrift erschienen, welche die brennendsten Fragen aus dem Gebiete des Civilrechts behandelt, wozu der Herr Verfasser, wie man aus dem Schlusse des Vorworts ersieht, von Freundes und in jüngster Zeit auch von hoher Hand aufgefordert worden ist.

An dieses Vorwort reiht sich eine Einleitung, auf welche 12 Abschnitte mit besondern Schlußbetrachtungen folgen. Das Buch befaßt sich aber nicht blos mit der allseits als ein dringendes Bedürfniß anerkannten Reform unseres im Argen liegenden Pfandwesens, sondern behandelt auch noch andere damit mehr oder weniger in Beziehung stehende Fragen, wie z. B. die Ueberwachung der elterlichen Vormundschaften durch Gegenvormünder und die Obrigkeit, die Verbesserung unseres Zwangsverfahrens u. dgl. mehr.

Durch tiefeingehende Erörterungen, wobei der als ein gewiegter Praktiker bekannte Verfasser einen reichen Schatz von Erfahrungen aus seinem Geschäftsleben zu Tag fördert, wird, nach Enthüllung der Gebrechen und Mängel unserer dermaligen Einrichtung, als unabweisbare Nothwendigkeit dargelegt: die Aufhebung unserer localen Gewähr- und Pfandgerichte und die Aufstellung selbstständiger Hypothekenbeamten für größere Bezirke, die Aufhebung aller generellen und stillschweigenden Pfandrechte, die Anlegung neuer Hypothekenbücher, die Grund- und Pfandbuch zugleich sind, mit Vorschlägen über die Einrichtung und Führung dieser Bücher.

Außerdem sind noch zu erwähnen die im 6. und 8. Abschnitt abgehandelten Fragen: wie die Umwandlung der generellen Pfandrechte in specielle zu bewerkstelligen und wie der gegenwärtigen Ueberfüllung der Pfandbücher mit ungestrichenen getilgten Pfandlasten zu begegnen sei?

Die belehrenden Einzelnheiten der inhaltschweren Schrift ausführlicher zu besprechen, gestattet der Raum dieser Blätter nicht. Es dürften aber schon diese kurzen Andeutungen genügen, um der interessanten Erscheinung die gebührende Beachtung zuzuwenden. Sie wird insbesondere nicht verfehlen, das Augenmerk der gegenwärtig in Karlsruhe tagenden Factoren der Gesetzgebung auf sich zu ziehen.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 6.**

I.

Competenzfrage.

Sind die Gerichte befugt, über Klagen wegen Fortdauer oder Wiederaufhebung von Verträgen, welche öffentlich rechtliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, zu verhandeln und zu entscheiden?

Zwischen den Gemeinden Löffingen und Seppenhofen, Röthenbach und Göschweiler wurden schon seit einer Reihe von Jahren Verhandlungen über die Lostrennung der beiden letztgenannten Gemeinden von der aus ihnen und noch andern Gemeinden bis dahin bestandenen Kirchspielsgemeinde Löffingen gepflogen, welche jedoch insbesondere deßhalb zu keinem Ende führten, weil die Betheiligten darüber sich nicht einigen konnten, wie es bezüglich ihrer gegenseitigen rechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten nach den in Folge der eintretenden Lostrennung von dem bisherigen Kirchspielsverbande gänzlich veränderten Verhältnissen der einzelnen Paciscenten gehalten werden sollte.

Unterm 21. Februar 1851 kam jedoch unter den betheiligten Gemeinden ein Vergleich zu Stande, wonach unter Vorbehalt der Genehmigung der betreffenden Staatsbehörde die Filialgemeinden Göschweiler und Röthenbach und Dittishausen die Trennung von der Mutterkirche Löffingen beschlossen und zugleich über die beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie nach Auflösung des bisherigen kirchlichen Verbands jeder hiernach neu zu creirenden einzelnen Kirchengemeinde, gegenüber der noch aus den Gemeinden Löffingen und Seppenhofen bestehenden Kirchspielsgemeinde zukommen sollten, Bestimmungen getroffen wurden.

Diesem gemäß regulirt der Vergleich die Ansprüche der einzelnen Contrahenten auf das bisherige gemeinschaftliche Vermögen — in Kapitalien und Fahrnissen bestehend, und die Art und Weise, wie die Theilung desselben zu geschehen habe (§. 2. 3. 6 des Vergleichs), bestimmt ferner die Beitragspflicht zu Kirchen- und Kirchenthurmsbauten und zu den Pfarr- und Kaplaneigebäulichkeiten, die Größe der Rückersatzforderungen für Zahlungen, welche einzelne Gemeinden für das ganze Kirchspiel bestritten und dgl. (§. 4 und 5 eod.)

Dieser Vergleich erhielt unterm 20. Juni 1851 die Genehmigung der großh. Regierung des Seekreises.

In §. 8 des Vergleichs vom 21. Februar 1851 war nun die Bestimmung enthalten:

> „wenn eine dieser drei sich lostrennenden Gemeinden (Göschweiler, Röthenbach oder Dittishausen) innerhalb einer Frist von drei Jahren vom Tage der Staatsgenehmigung dieses Vergleichs an gerechnet, nicht eine eigene Pfarrei erhalte, dieselbe so angesehen werde, als wenn sie sich nicht losgesagt und immerwährend und auch fortan als beim Kirchspiele bleibend betrachtet werde, so daß dieselbe die durch diesen Vergleich der Gemeinde Löffingen auferlegten Pflichten mit zu übernehmen hat."

Die Gemeinden Löffingen und Seppenhofen haben auf den Grund dieser Bedingung und der Behauptung, daß die Gemeinden Röthenbach und Göschweiler diese Bedingung nicht erfüllt, nämlich eigene Pfarreien innerhalb der bestimmten Frist nicht erhalten haben, um Aufhebung des Vergleichs vom 21. Februar 1851 gebeten.

Vom Unterrichter wurden die klagenden Gemeinden mit der Klage abgewiesen. Dagegen hatte das Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 19. Juni v. J. den Vergleich für aufgehoben und den früheren Zustand für wiederhergestellt erklärt.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 4. Februar d. J. abändernd erkannt, es finde das Ge-

such, — den Vergleich vom 21. Februar 1851, wodurch sich die beklagten Gemeinden von dem Kirchspielsverband Löffingen trennten, für aufgehoben und demzufolge den frühern Zustand wiederhergestellt zu erklären — vor den bürgerlichen Gerichten nicht statt.

Entscheidungsgründe.

Das von den Gemeinden Löffingen und Seppenhofen in ihrer gegen die Gemeinden Röthenbach und Göschweiler gerichteten Klage vom 27. September 1856 gestellte Gesuch lautet dahin, es möge zu Recht erkannt werden:

> Der Vergleich vom 21. Februar 1851, wodurch sich die beklagten Gemeinden von dem Kirchspielsverbande Löffingen getrennt haben, sei für aufgehoben, und demzufolge der frühere Zustand wieder hergestellt zu erklären.

Dieses Gesuch findet aber vor den bürgerlichen Gerichten nicht statt.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen eine Filialgemeinde von der Mutterkirche zu trennen und zu einer eigenen selbstständigen Pfarrei zu erheben sei, eine Frage des öffentlichen Rechts ist, und daß daher dem Civilrichter darüber keine Entscheidung zusteht, sowenig als die Betheiligten eine Dispositionsbefugniß hierüber haben.

Könnte hierwegen noch ein Bedenken obwalten, so wäre solches durch den §. 27 des Kirchenherrlichkeitsedikts ausdrücklich gelöst, wo bestimmt ist, daß, wenn es sich um Vertheilung oder Zusammenschlagung von Pfründen handelt, der Kirchenpatron zwar gehört, die Zertheilung oder Zusammenschlagung jedoch ohne Rücksicht auf seine etwaigen Einwendungen von Obrigkeitswegen verordnet werden soll, wo das öffentliche Interesse dies erheischt.

Mit einer solchen Zertheilung oder Zusammenschlagung ist aber als nothwendige Folge verbunden, daß vielerlei einzelne Bestimmungen getroffen werden, wodurch die Verhältnisse der Pfründen geordnet werden. Es muß z. B. bei der Trennung einer Filialgemeinde von der Mutterkirche die Dotation der neu zu errichtenden Pfründe festgesetzt und insbesondere bestimmt werden, welche Theile des Pfründgenusses auf die neue Pfarrei übergeben, welche bei der alten Pfarrei bleiben sollen. Es muß Anordnung darüber getroffen werden, wie es mit dem seither gemeinschaftlich besessenen Vermögen zu halten sei, ob gleichfalls eine Vertheilung desselben stattfinden und nach welchem Maßstab solche geschehen soll, oder ob in dieser Beziehung die Gemeinschaft fortdauern und wie nach vollzogener Trennung die Verwaltung eines solchen gemeinschaftlichen Vermögens besorgt werden soll. Liegt die Baupflicht zur Mutterkirche dem Kirchspiel ob, so muß festgesetzt werden, ob und nach welchem Maßstabe die sich trennende Gemeinde noch zu den etwa erforderlichen Baulichkeiten beizutragen habe, und ebenso muß dafür gesorgt werden, daß die in der neuen Pfarrei erforderlichen Bauten hergestellt und unterhalten werden u. s. w.

Alle diese Vorsorge liegt aber den Staatsbehörden kraft öffentlichen Rechts ob, und den Betheiligten steht es nicht zu, hierüber nach ihrem Gutfinden zu beschließen. Es folgt dies schon daraus, daß die Ordnung dieser Verhältnisse, gegenüber der Frage, ob die Trennung stattfinden soll, lediglich als Nebensache erscheint, und so mit ihr zusammenhängt, daß sie sich gegenseitig bedingen. Werden die Nebenpunkte nicht geordnet so kann auch die Trennung nicht stattfinden, und wird die Trennung nicht beliebt, so fällt natürlich die Ordnung der Nebenpunkte von selbst weg. — Es geht aber nicht an, daß solche zusammengehörigen und sich gegenseitig bedingenden Fragen von verschiedenen organisationsmäßig ganz von einander unabhängigen Behörden entschieden werden. Es wäre offenbar ein Eingreifen des Richters in die Hauptfrage, wenn er sich die Entscheidung über die Nebenpunkte zueignen wollte, da in den meisten Fällen die Trennung nur dann möglich ist, wenn die Nebenpunkte in einer gewissen Weise festgesetzt werden, die Hauptfrage liegt aber außer dem Bereich des Civilrichters, und deßhalb kann ihm auch über die Nebenpunkte keine Entscheidung zustehen.

Es würde ihm auch jede Norm fehlen, welche er seiner Entscheidung zu Grunde legen könnte, da hier nur Rücksichten des öffentlichen Wohls maßgebend sind, und dieß ist ein weiterer Grund, aus welchem auch die Ordnung dieser Nebenpunkte nicht dem Civilrichter, sondern den Administrativbehörden obliegt.

Endlich geht solches auch aus verschiedenen positiven gesetzlichen Bestimmungen hervor.

> Vrgl. die §§. 5. 17 und 26 des Bauedikts vom 26. April 1808. — Organisations Reskript vom 26. November 1809 Beil. D. §. 11 b und l. —

Es versteht sich aber, daß die Administrativbehörden, welche nach Obigem über die bewegten Fragen selbstständig zu entscheiden haben, hierüber auch eine gütliche Vereinbarung der Betheiligten zulassen, beziehungsweise gut heißen können, und dann vertritt diese gütliche Verein-

barung deren Entscheidung, allein die Wirksamkeit der so getroffenen Bestimmungen liegt hier nicht in der Uebereinkunft der Betheiligten, welchen eine Dispositionsbefugniß über die vereinbarten Verhältnisse gar nicht zustand, sondern lediglich in der Staatsgenehmigung, und es ist dann die Sache nicht anders anzusehen, als ob die Administrativbehörden selbstständig die einzelnen vereinbarten Punkte gerade so festgesetzt hätten, wie dies von den Betheiligten durch gütliche Uebereinkunft geschehen ist. Hierdurch würde aber die Sache noch keineswegs zur privatrechtlichen werden, und so wenig die Betheiligten selbst mit gegenseitiger Einwilligung ohne Staatsgenehmigung von einer solchen Vereinbarung wieder abgehen könnten, sowenig würde dem Civilrichter eine Entscheidung über die Fortdauer oder Wiederaufhebung derselben zustehen. Nicht jede gütliche Uebereinkunft erscheint schon darum, weil die Betheiligten sich mit allseitiger Zustimmung vereinbart haben, als ein privatrechtlicher Vertrag. Es kommt vielmehr immer auf den Gegenstand der Uebereinkunft an, und dieser darf bei einem privatrechtlichen Vertrag dem Rechtsverkehr nicht entzogen sein. L.R.S. 1128.

Ist aber über eine dem Rechtsverkehr entzogene Sache eine Vereinbarung zu Stande gekommen, so hat dieselbe an und für sich keine Bedeutung, sondern erhält solche erst durch die Genehmigung der Administrativbehörde, welcher die Ordnung der betreffenden Verhältnisse obliegt.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Streit an, so kömmt man nothwendig zu dem Resultate daß solcher nicht vor den bürgerlichen Gerichten auszutragen ist.

In der Uebereinkunft vom 21. Februar 1851 ist schon in §. 1 die Bestimmung an die Spitze gestellt, daß die Filialgemeinden Röthenbach, Göschweiler und Dittishausen mit den dazu gehörenden Weilern, Höfen u. s. w., wie sie es wünschen, von der Mutterkirche Löffingen getrennt werden sollen.

Diese Bestimmung ist hier offenbar die Hauptsache, die in den folgenden Paragraphen der Uebereinkunft enthaltenen Bestimmungen betreffen aber nur solche Nebenpunkte, von welchen oben die Rede ist. Die Ordnung dieser Verhältnisse war nur deßhalb nothwendig, weil die Zertheilung der Pfründe Löffingen beschlossen wurde, aus den vorliegenden Administrativacten ergibt sich aber zur Genüge, daß der wirklichen Trennung gerade der Umstand entgegenstand, daß die Verhältnisse noch nicht geordnet waren. Die Ordnung derselben lag der Administrativbehörde ob, und wenn sie deßhalb eine gütliche Vereinbarung der Gemeinden zuließ und genehmigte, so vertreten eben die Bestimmungen dieser Uebereinkunft deren Entscheidung. Da aber der Gegenstand der Vereinbarung kein privatrechtlicher ist, so steht es dem Civilrichter nicht zu, hier in irgend einer Weise einzugreifen. Er würde aber eingreifen, wenn er darüber entscheiden wollte, ob die Uebereinkunft auf den Grund des §. 8 derselben aufzuheben und der frühere Zustand wieder herzustellen sei. Da die Wirksamkeit des sog. Vergleichs hier lediglich in der Staatsgenehmigung liegt und solcher nur die Stelle der Entscheidung durch die Administrativbehörde vertritt, so würde der Richter diese Entscheidung geradezu wieder aufheben, wenn er die Uebereinkunft für aufgehoben erklären wollte. So wenig die betreffenden Gemeinden selbst mit gegenseitiger Einwilligung die Wiederaufhebung ohne Staatsgenehmigung beschließen könnten, sowenig kann solche vom Civilrichter ausgesprochen werden.

Hgr.

II.

Aufschiebende oder auflösende Bedingung.

In der Forderungssache des Feißt David Levinger Sohn gegen Albert Feger wurde Liegenschaftsvollstreckung verfügt. Hiegegen erhob Ingenieur Warnkönig als Generalbevollmächtigter des Albert Feger Einsprache und stützte dieselbe auf einen Vertrag vom 20. October 1855, welcher zwischen Levinger Sohn und dem Vater des Schuldners, Hirschwirth Bernhard Feger, auf welchen damals des Letztern Bevollmächtigter, Ingenieur Warnkönig seine Vollmacht übertragen hatte, abgeschlossen, und in welchem festgesetzt wurde, daß dem Ingenieur Warnkönig ein Guthaben des Albert Feger bei der badischen Versorgungsanstalt ad 789 fl. 6 kr., ferner das Eigenthum seines Hauses und Gartens in Villingen überlassen und binnen 4 Wochen an Levinger 600 fl. bezahlt werden, wogegen dieser auf alle weiteren Forderungsansprüche an Albert Feger verzichtete. Am Schlusse dieses Uebereinkommens ist beigefügt, daß Hirschwirth Feger sich zum Vollzuge dieses Vergleichs eine 14tägige Bedenkzeit vorbehalte.

Vom Unterrichter wurde die Einsprache für begründet erklärt, wogegen das Hofgericht des Seekreises abändernd

erkannte, daß der Einsprachskläger mit der Einsprache abgewiesen werde, weil der Gerichtshof in der am Schlusse beigefügten Clausel eine aufschiebende Bedingung erblickte, die nicht eingetreten sei, da einer der Contrahenten in der bestimmten Frist seine Einwilligung nicht kund gegeben habe.

Vom großherzoglichen Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 22. Dezember vorigen Jahres das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe.

Die Entscheidung dieses Rechtsstreits hängt hauptsächlich von der Auslegung der Schlußclausel des „Abfindungsvertrags“ d. d. Petersthal den 20. October 1855 ab, also lautend:

„Hirschwirth Feger behält sich zum Vollzug dieses Vergleichs eine 14tägige Bedenkzeit.“

Der Kläger Levinger behauptet, da der Bevollmächtigte des Beklagten, Feger, innerhalb der vorbehaltenen Bedenkzeit (was auch unbestritten ist) keine Erklärung abgab, so sei der Vertrag als nicht zu Stande gekommen zu betrachten, weil es an der bestimmten Einwilligung zum Vertragsabschluß fehle.

Von Seiten des Beklagten wird dagegen geltend gemacht, die Einwilligung beider Vertragspersonen sei vollständig und bestimmt im Vertrag ausgedrückt, und die Clausel enthalte nur den Vorbehalt für Feger innerhalb 14 Tagen von dem zu Stande gekommenen Vertrag wieder abzugehen, das Reurecht auszuüben. Da er aber hievon keinen Gebrauch gemacht habe, so bleibe der Vertrag wirksam. Die Clausel enthalte keine aufschiebende, sondern eine auflösende (aber nicht eingetretene) Bedingung.

Die letztere Auslegung verdient den Vorzug. Der Abfindungsvertrag ist nämlich nicht als ein bloßer Entwurf zu betrachten oder als ein Angebot von Seiten des Klägers, dem der Beklagte noch überall keine Einwilligung ertheilt hätte. Diesem widerstreitet die Form und der Inhalt des Vertrags. Er wurde förmlich beurkundet und doppelt ausgefertigt; er umfaßt ins Einzelne gehend alle Vertragspunkte und setzt keinen auf weitere Vereinbarung aus.

Wenn sich hiernach Feger nur eine 14tägige Bedenkzeit zum Vollzug des Vertrags vorbehielt so betrachtete er den Vertrag als abgeschlossen und setzte nur die auflösende Bedingung einer Reuefrist.

Ohnedies spricht schon nach gemeinem Recht die Vermuthung nicht für die aufschiebende, sondern für die auflösende Bedingung.

L. 1. D. de lege comm. (18. 3.)

L. 2. §. 4. D. pro emt. (41. 4.)

Auch geht aus den anerkannten Briefen des Klägers Levinger selbst hervor, daß er die Clausel nicht anders auslegte, als der Beklagte, und also den „Abfindungsvertrag“ nach Ablauf der 14tägigen Frist als endgültig zu Stande gekommen betrachtete.

Am 11. Dezember 1855 schrieb er an Carl Feger, Sohn des Hirschwirths Feger und Bruder des Beklagten Albert Feger: nach dem in Petersthal noch nicht lange ausgefertigten Vertrag sollte Hirschwirth Feger für Aufhebung des Beschlags des deponirten Geldes der Stadtkasse Villingen besorgt sein, damit er, Levinger, solches in Carlsruhe (bei der Versorgungsanstalt) in Empfang nehmen könne. Könne der Adressat dieses nicht binnen 8 Tagen besorgen, dann annulire er, Levinger, den Vertrag, welcher nicht in gehöriger Zeit gehalten worden sei, und übernehme auch nicht die übrigen, darin enthaltenen Verbindlichkeiten hinsichtlich des Hauses in Villingen, sondern müsse über seine ganze Forderung auf Liegenschaftsversteigerung bei Amt antragen.

Am 25. Juni 1856 schrieb er, er habe die ihm überschickten Steuerzettel für jenes Haus nicht angenommen, weil für ihn kein Grund vorhanden sei, sich als Besitzer des Hauses zu erklären, da der in Petersthal zu Stande gekommene Abfindungsvertrag auch nicht von Seite Fegers gehalten worden sei; und noch im Briefe vom 31. October 1856 erklärt er, an der von ihm eingereichten Klage sei nur die Nichterfüllung der Verträge von Seiten Fegers schuld.

Hier wird überall vorausgesetzt und ausgesprochen, daß der Abfindungsvertrag zu Stande kam, und nicht darüber, daß Feger die vorbehaltene Einwilligung nicht ertheilt habe, sondern nur darüber geklagt, daß der zu Stande gekommene Vertrag nicht gehalten, nicht erfüllt werde.

Hätte Levinger bei Eingehung des Abfindungsvertrags der Clausel den Sinn beigelegt, der ganze Vergleich zerfalle von selbst, wenn ihm nicht Feger innerhalb 14 Tagen seine endgültige Einwilligung kund gebe, so hätte er nach Ablauf jener Frist und beim Unterbleiben jener

Kundgebung nicht schreiben können, er, Levinger, annullire den zu Stande gekommenen Vertrag, wenn man ihm nicht von der Gegenseite binnen 8 Tagen zu dem verhelfe, was er nach dem Vertrag an Geld zu empfangen habe, überhaupt den Vertrag nicht erfülle.

Mit Recht hielt man daher von Seiten des Beklagten jenen Abfindungsvertrag dem Kläger entgegen, als dieser ohne alle Rücksicht auf jenen Vertrag seine ursprüngliche Forderung geltend machte und das Vollstreckungsverfahren einleitete. Dieses ist so lange unzulässig, als nicht jener Abfindungsvertrag gerichtlich für aufgehoben erklärt wird.

Deßhalb mußte das amtsrichterliche Urtheil wieder hergestellt werden. Hgr.

III.

1) Das Pfandgericht darf einer Urkunde, welche sich der Form nach nicht als ein richterliches Erkenntniß darstellt, den Eintrag ins Pfandbuch nicht versagen, weil es der Ansicht ist, daß eine solche Urkunde kein richterliches Pfandrecht verleihe.

2) Die aus einer solchen Unterlassung erwachsende Entschädigungspflicht wird dadurch nicht aufgehoben, daß ein richterlicher Beamter auf erhobene Beschwerde das Verfahren des Pfandgerichtes billigt.

3) Die Mitglieder des Pfandgerichtes haben den aus einer solchen Unterlassung entstehenden Schaden sammtverbindlich zu tragen.

Die Klägerin Birnstiel's Wittwe, die Rechtsnachfolgerin des Wagenwirthes Birnstiel lößte gegen Weingärtner's Wittwe und deren Kinder einen bedingten Zahlbefehl, um die Heimzahlung eines dem Rechtsvorfahren der Beklagten gegebenen Darlehens nebst Zinsen zu erwirken. Der Zahlbefehl wurde widersprochen, und sodann auf Begehren der Klägerin eine mündliche Verhandlung gepflogen. Am Schlusse desselben gab der Richter folgenden Bescheid:

„Den Beklagten, Ludwig Weingärtners Kindern, unter Vormundschaft ihrer Mutter und der Ludwig Weingärtners Wittwe, beiden unter sammtverbindlicher Haftbarkeit wird aufgegeben, der Klägerin binnen 3 Monaten bei Zwangsvermeiden 400 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 12. September*), und 11 fl. Zinsrest binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden zu bezahlen, und die Kosten zu tragen."

Dieser Bescheid trug weder eine Ueberschrift: wie Urtheil, Erkenntniß, unbedingter Befehl, noch das B. R. W. als Schluß.

Als nun die Klägerin eine beglaubigte Abschrift dieses Bescheides dem Pfandgerichte zum Eintrag in das Pfandbuch überbrachte, so verweigerte dieses den Eintrag wegen der Formlosigkeit des Aktes, welcher nur eine durch den Richter vermittelte Aufkündigung des Darlehens enthalte, und nicht als ein richterliches Erkenntniß, welches Pfandrecht verleihe, anzusehen sei. Die Klägerin erhob, jedoch nicht bei der vorgesetzten Verwaltungs-, sondern vor der richterlichen Behörde, Beschwerde gegen das Pfandgericht. Allein der Richter genehmigte die Weigerung des Eintrags.**)

Ehe es der Klägerin möglich war, Vollstreckung zu erwirken, verkaufte die Beklagte ihre pfandfreien Liegenschaften. Bei dem später eingeleiteten Vollstreckungsverfahren erlitt die Klägerin einen namhaften Verlust. Sie belangte nun die Mitglieder des Pfandgerichtes auf Entschädigung, indem sie behauptete, daß, wenn das (oben erwähnte) Erkenntniß zum Pfandbuche eingetragen worden wäre, sie aus dem Erlöse der aus freier Hand ver-

*) Ohne Angabe des Jahres.

**) Der Richter, welcher den gedachten Bescheid als einen unbedingten Befehl ansah, motivirte seine Genehmigung des Verfahrens des Pfandgerichts durch folgende Gründe: „Die Prozeßordnung hielt bis 1851 an dem Grundsatze des gemeinen Prozeßrechts fest, daß die Klage actio nata sein müsse, um erhoben werden zu können. Das richterliche Unterpfandsrecht des L.R.S. 2123 konnte deßhalb auch nur für fällige Forderungen erworben werden. Die neue Prozeßordnung hat jedoch in §. 178. 330 diesen Grundsatz verlassen, und Klagerhebung und Urtheil auch für nicht fällige Forderungen eingeführt. Nirgends aber sind die früheren Bestimmungen über das gerichtliche Unterpfandsrecht geändert worden, und sowenig vor der neuen Prozeßordnung für eine noch nicht fällige Forderung Pfandrecht erlangt werden konnte, so wenig kann ein jetzt für eine nicht fällige Forderung erlassenes Urtheil Unterpfandsrecht erwerben. Der unbedingte Befehl der Klägerin ist aber ein solches für eine nicht fällige Forderung erlassenes Urtheil, da sie vor der dreimonatlichen Aufkündigung Klage erhoben hatte."

kauften Liegenschaften auf dem Wege der Pfandklage Befriedigung hätte erlangen können.

Das Pfandgericht wendete dagegen ein, daß es nur verpflichtet sei, Urtheile einzutragen, welche Unterpfandsrecht verleihen. Der gedachte Bescheid sei jedoch nicht einmal ein fürsorgliches Urtheil. Ueberdieß sei das Pfandgericht, aller Verantwortlichkeit dadurch enthoben, daß der Richter selbst sein Verfahren gebilligt habe. *)

Weder der Unterrichter, noch das mittelrheinische Hofgericht theilten die Ansicht der Beklagten. Die Entscheidungsgründe zu dem Urtheile des Hofgerichtes lauten:

„Die Klage erscheint nach L.R.S. 2199 an sich in Rechten begründet. Dieses Gesetz sagt:

„Die Pfandschreiber dürfen in keinem Falle die Anmerkung der Eigenthumsurkunden, oder die Eintragung der Unterpfandsrechte, in gleichem die Ausstellung der verlangten Zeugnisse abschlagen oder verzögern bei Strafe die Parteien zu entschädigen."

Das beklagte Pfandgericht hätte hiernach den von der Klägerin begehrten Eintrag des amtlichen Beschlusses vom 25. Juli 1855 in das Pfandbuch zum Behufe der Erlangung des richterlichen Pfandrechts in keinem Falle verweigern sollen, bei Strafe der Entschädigung.

Wenn die Klägerin auch gegen diese Verweigerung des Eintrags beim Oberamte Beschwerde erhoben hat, und darauf ein das Verfahren des Pfandgerichts billigender Beschluß erlassen worden ist, so ist dieß nicht als eine richterliche Entscheidung zu betrachten, da einmal den Gerichten die Erledigung einer solchen Beschwerde nicht zusteht, zum Andern aber das Pfandgericht nicht zu prüfen hat, ob sich eine solche Urkunde zum Eintrage eigne, oder nicht, weil das Gesetz vorschreibt, daß die Pfandgerichte **in keinem Falle** den Eintrag der Unterpfandsrechte versagen dürfen. Es kann auch kein Zweifel darüber obwalten, daß der oberamtliche Beschluß vom 25. Juli 1855, wenn er im Pfandbuche eingetragen worden wäre, nach L.R.S. 2123 der Klägerin wirklich ein richterliches Unterpfandsrecht auf sämmtliche Liegenschaften der Beklagten verliehen hätte. Dieser Beschluß hat zwar keine nähere Bezeichnung; er ist weder als Urtheil, noch als unbedingter Befehl, noch als blose Aufkündigung unterschrieben. Er stellt sich aber seinem Inhalte nach als ein Erkenntniß dar, welches nach Erwirkung eines bedingten Zahlbefehls, darauf erfolgten Widerspruch, ergangene Ladung der Parteien, und nach einer zwischen ihnen gepflogenen richterlichen Verhandlung den Beklagten aufgegeben hat, der Klägerin unter sammtverbindlicher Haftbarkeit die eingeklagte Summe bei Zwangsvermeidung zu bezahlen.

Dieser Beschluß würde also nach erfolgtem Eintrag das richterliche Pfandrecht des L.R.S. 2123 gewährt haben.

Die Beklagten erscheinen deßhalb, weil sie der Unterrichter als entschädigungspflichtig erklärt hat, nicht beschwert, und ebensowenig dadurch, daß er ihre Sammtverbindlichkeit ausgesprochen hat, weil die Verweigerung oder Abschlagung des Eintrags eine gemeinsame Handlung aller das Pfandgericht bildenden Mitglieder war L.R.S. 1382 d arg. 2127 a. 1200, somit jeder für den ganzen Schaden einzustehen hat."

Ott.

*) Das weitere Vorbringen, daß der Klägerin kein oder jedenfalls kein so großer Schaden als behauptet werde, zugegangen sei, und die darüber gepflogenen Beweisverhandlungen werden hier absichtlich übergangen.

IV.

Unterschlagung und Diebstahl.

Am 11. Oktober v. J. begab sich der Spitalmüller Winkler von Pf. in einem stark betrunkenen Zustande aus dem Wirthshause auf den Heimweg. Er fiel zu Boden, wobei ihm einiges Geld aus der Hosentasche herausfiel. Joseph Dieter von S. und Georg Hasen von Pf. richteten ihn auf, wobei ihm wieder Geld aus der Tasche auf den Boden fiel, und führten ihn nach Hause.

Daselbst angekommen war er noch im Besitze von 4 Kreuzern. Er hatte aber von Hause wenigstens 86 fl. 28 kr. mitgenommen, hatte davon nur 4 fl. 27 kr. ausgegeben, so daß er 81 fl. 57 kr. baar Geld nebst einem Geldbeutel vermißte.

Aus der Untersuchung ergab sich, daß Dieter und Hasen sich sämmtliches Geld zugeeignet hatten, indem sie einen Theil des auf den Boden gefallenen Geldes selbst aufhoben, einen andern Theil, den ein Anderer aufhob und dem Dieter brachte, diesen in Empfang nahm, und Dieter und Hasen einen weiteren Theil seines Geldes

mit dem Geldbeutel dem Winkler aus der Hosentasche nahmen.

Als diese Sache beim Hofgericht des Seekreises zur Berathung kam, so entstand die Frage, wie diese Handlung zu beurtheilen sei. Darin war man einverstanden, daß die Angeschuldigten Dieter und Hafen, insofern sie dem Winkler aus seiner Hosentasche den Geldbeutel mit 76 fl. 8 kr. Geld nahmen und sich zueigneten, sich eines Diebstahls schuldig gemacht haben. Im Uebrigen herrschte aber eine große Meinungsverschiedenheit.

Ein Votant war der Ansicht, daß auch in der übrigen Handlungsweise der Angeschuldigten die Erfordernisse des Diebstahls vorhanden seien, weil Winkler sich noch immer im Besitz oder in der Innehabung des aus seiner Tasche auf den Boden gefallenen Geldes befunden habe.

Ein anderer Votant erblickte in der Handlungsweise eine gemeine Unterschlagung (§. 400. St.G.B.)

Und ein dritter Votant war der Meinung, daß man unterscheiden müsse zwischen der Handlung, wo die Angeschuldigten das Geld selbst vom Boden aufhoben, und der Handlung, wo Dieter das von einem Anderen aufgehobene Geld in Empfang nahm, daß im ersten Falle eine Unterschlagung gefundener Sachen, und im zweiten Falle eine gemeine Unterschlagung liege.

Diese letztere Ansicht erhielt am Ende die Majorität.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Die That bildet insofern, als die Angeklagten 5 fl. 50 kr. vom Boden aufgehoben, die Unterschlagung gefundener Sachen. Winkler war nämlich nicht mehr in der Innehabung des Geldes; er befand sich auch in einem solchen Zustande von Bewußtlosigkeit, daß er die zufällig aufgehobene Innehabung weder sogleich, noch später wieder herzustellen vermocht hätte, denn sowohl in diesem Zustande, als nachher, wußte er nicht, wo sich das Geld befinde; dasselbe war daher für ihn verloren, und für jeden Dritten ein Gegenstand des Findens. Die Angeschuldigten waren die Finder, und weil sie es — ihrer Verabredung gemäß — dem ihnen bekannten Eigenthümer, ohne Ersatz leisten zu wollen, entzogen und verborgen hielten, und ferner bei den — insbesondere durch die Ehefrau des Beschädigten angestellten — Nachforschungen nach dem Gelde den Besitz desselben verschwiegen; so haben sie den St.G.B. §. 407 übertreten.

Dieter hat sich aber noch eines anderen Verbrechens schuldig gemacht. Nachdem die beiden Angeschuldigten mit dem Betrunkenen schon eine Strecke weit von dem Platze, wo er niedergesunken, entfernt waren, sprang Einer der Zeugen, der nachträglich noch an jenem Platze ein Dreikreuzerstück aufgefunden hatte, den beiden Angeschuldigten nach, um es dem Eigenthümer zurückzugeben. Dieter forderte dem Zeugen das Geldstück ab, nahm es in Empfang, steckte es zu sich und behielt es.

Diese That bildet eine gemeine Unterschlagung Str.-G.B. §. 400. Der Zeuge handelte gleichsam als Geschäftsführer Winklers; er gab das Geldstück dem Dieter mit dem stillschweigend zu verstehenden Auftrage, dasselbe dem Eigenthümer zuzustellen. Dieses Rechtsgeschäft verpflichtete den Angeschuldigten, das Geldstück dem Winkler zu übergeben. Dieter hat es aber unter denselben Umständen, wie das übrige Geld, dem Eigenthümer entzogen, daher auch hier die Vermuthung der absichtlichen, die Unterschlagung bedingenden Zueignung Platz greift.

Hgr.

V.

1) Kann eine Handlung, welche mit dem Dienstgelübde in Widerspruch steht, das Verbrechen des Handgelübdebruchs begründen?

Annalen XIX. S. 307. XX. S. 368. XXIV. S. 87.

2) Der Erschwerungsgrund von Str.G.B. §. 385 Ziff. 10, nämlich die Verübung eines Diebstahls durch Wächter, ist nur dann vorhanden, wenn der Dieb zur Zeit der That im Dienste war, und die Bewachung der entwendeten Sache zu seinen Dienstobliegenheiten gehört.

Annalen XXI. S. 244 und XXII. S. 22.

Ambros Krieg war ständiger Eisenbahnarbeiter und Bahnwartsablöser, in welch letzterer Eigenschaft er an den Freitagen der Bahnwärter und bei sonstiger Verhinderung derselben, deren Dienst versah. Er war daher auch handgelübdlich auf die Dienstinstruction der Bahnwärter verpflichtet worden und hatte überhaupt gelobt, des Aerars Schaden nach Kräften zu verhüten. In einer Nacht, in welcher er den Dienst als Bahnwartsablöser nicht zu versehen hatte, entwendete er nun von der Eisenbahneinfriedigung zwei tannene Pfosten und zwei Latten im Gesammtwerthe von 30 Kreuzern, indem er solche aus ihrer Befestigung losriß und sich aneignete.

Das Untersuchungsgericht sah hierin das doppelte Verbrechen des Handgelübdebruchs und des Diebstahls unter dem Erschwerungsgrund des §. 385 Z. 10 St.G.B. weil der Dieb, obwohl zur Zeit der That nicht als Bahnwart fungirend, doch durch sein Dienstgelübde verpflichtet gewesen sei, des Aerars Schaden zu verhüten, und damit die Entwendung in geradem Widerspruch stehe, und ihm eben deßhalb auch jeder Zeit, selbst außer seiner Dienstzeit, die Ueberwachung des ärarischen Eigenthums obgelegen sei, wie denn auch §. 20 der für ihn maßgebenden Dienstinstruction der Bahnwärter besage, daß der Bahnwart die Einfriedigung der Eisenbahn auf seiner Bahnstrecke zu überwachen habe.

Demgemäß wurden die Akten dem mittelrheinischen Hofgerichte zur Aburtheilung vorgelegt, welches jedoch durch Erkenntniß vom 31. Mai 1856 aussprach, daß, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht sei, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten vorhanden sei, und dem Amte die polizeiliche Abwandlung des Vergehens nach Maßgabe von §. 477 St.G.B. überlassen werde.

Dabei ging der Gerichtshof von der Ansicht aus, daß zufolge §§. 1. 504 St.G.B. verglichen mit der Note zu letzterer Stelle in Thilo die Verletzung der mit dem allgemeinen Dienstgelübde übernommenen Pflichten, möge sie auch noch so grell sein, nie den Thatbestand eines besonderen Vergehens, sondern nur einen allerdings sehr erheblichen Straferhöhungsgrund bei einem sonst etwa vorliegenden Vergehen bilde, weil das Dienstgelübde sich nicht auf eine einzelne und bestimmte Handlung, sondern auf eine Gesammtheit von Pflichten beziehe, und so im fraglichen Falle das Dienstgelübde natürlich nicht die betreffende That im Auge hatte, sondern nur im Allgemeinen die Fürsorge für das ärarische Eigenthum auferlegte.

Auch hielt man die allgemeine Verpflichtung, des Aerars Schaden zu verhüten, nicht für genügend, um die Entwendung unter §. 385 Ziff. 10 zu subsumiren, weil dort von einem Diebstahl an einer dem Wächter zur Hut oder Bewachung anvertrauten Sache die Rede ist, mithin ein wirkliches und besonderes Wächteramt vorausgesetzt wird, was bei dem Angeschuldigten nicht der Fall war. Als Bahnwartsablöser hatte er nur jeweils den Dienst eines einzelnen gerade dienstfreien oder verhinderten Bahnwarts zu versehen, und erschien nur für die diesem anvertraute Bahnstrecke als Wächter des ärarischen Eigenthums, weßhalb er zu den Zeiten, in welchen er, wie in der fraglichen Nacht, nicht als Bahnwartsablöser fungirte, für gar keine Bahnstrecke die Obliegenheiten eines Wächters hatte.

X.

VI.

1) Eine Zahlung, welche an das Pfandgericht geleistet werden soll, ist gültig, wenn sie an den Bürgermeister geschieht.

2) Der Bürgermeister, welcher das Geld in Empfang genommen hat, ist dem Pfandgericht für dessen richtige Verwendung verantwortlich.

Wegen eines unrichtigen Zeugnisses (L.R.S. 2127a und 2197) auf Ersatz von 2358 fl. belangt, hielten die beklagten Mitglieder des Pfandgerichts der Rückgriffsforderung den Einwand entgegen, daß die von klagender Seite an den Bürgermeister abgelieferten 1836 fl. 36 kr. ihnen nicht zur Last gesetzt werden könnten, weil dem Kläger die Zahlung an das Pfandgericht aufgegeben und der Bürgermeister, welcher obiges Zeugniß nicht mitunterschrieben, weder kraft Gesetzes noch vermöge besonderen Auftrags zur Empfangnahme des Geldes berechtigt gewesen, dasselbe auch nicht zur Befriedigung der vom Pfandgerichte bezeichneten Gläubiger verwendet worden sei.

Im Laufe der Verhandlungen haben jedoch die Beklagten selbst behauptet, daß dem Kläger die Auflage, das Geld nur an das Pfandgericht zu verabfolgen, durch den Bürgermeister im Auftrag und Namen des Pfandgerichts gemacht wurde.

Wenn nun der Kläger, welcher nicht in der Lage war, die sämmtlichen Mitglieder des Pfandgerichts zu versammeln und jedem einzelnen das Geld in die Hand zu drücken, obige Summe dem Bürgermeister einhändigte, so mußte diese Zahlung als eine gültige angesehen werden, weil sie an den Gewalthaber und Präsidenten des Pfandgerichts*) geschehen ist, welcher den Beklagten für die richtige Verwendung des Geldes, worüber er Rechenschaft abzulegen hat, verantwortlich bleibt.

In diesem Sinne hat das großh. Oberhofgericht unter der Rubrik „Stubersheim gegen Blumegg" durch Urtheil vom 15. Februar d. J. entschieden. D. R.

*) Vrgl. II. Einf.Ed. von 1809 §. 25. 26 und Gemeindeordnung von 1831 §. 41. 42.

Redakteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 7.

I.

1) Als gerichtliche Theilung im Sinne des Landrechts gilt die von dem Notare unter Aufsicht der Amtsrevisorats vorgenommene Theilung.

Annalen vom l. J. No 1. S. 4 — 6.

2) Obervormundschaftliche Genehmigung einer Erbtheilung ist nicht erforderlich.

3) Aus welchen Gründen dürfen Minderjährige eine definitive Erbtheilung anfechten?

Am 21. Mai 1853 starb Sebastian Fieß mit Hinterlassung verschiedener letztwilliger Dispositionen, von welchen nur so viel herauszuheben ist, daß seine Tochter Ehefrau Schrempp enterbt, und deren Kinder zur einen, die Kinder des verstorbenen Sohnes Joseph zur andern Hälfte als Erben eingesetzt waren.

Die hierauf vorgenommene Erbtheilung haben nun die Schrempp'schen Kinder mit einer gegen ihre Mutter und die Joseph Fieß'schen Kinder erhobenen Klage als nichtig angefochten, sind jedoch damit in allen drei Rechtszügen unterlegen. Da die Anfechtungsgründe nur theilweise von juristischem Interesse sind, so beschränken wir uns auf eine auszugsweise Mittheilung der obergerichtlichen Entscheidungsgründe.

Entscheidungsgründe
zu dem Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 15. Mai v. J.

Zunächst fragt es sich, ob die Sebastian Fieß'sche Erbtheilung nur als fürsorgliche gelten kann, denn wäre dieß der Fall, so dürfen die Kläger zufolge L.R.S. 815. 816 die Vornahme einer neuen und endgültigen Theilung verlangen, ohne auch nur eine Verletzung nachweisen zu müssen.

Um diese Fürsorglichkeit der Theilung darzuthun, berufen sich die Kläger darauf, daß dieselbe nicht vom Gerichte vorgenommen und vom Amtsrevisorate beanstandet worden sei, ferner daß die Liegenschaften nicht versteigert worden seien, endlich daß obervormundschaftliche Genehmigung nur für den vorsichtsweisen Erbantritt vorliege, bezüglich der Theilung selbst aber fehle.

Was den ersten Punkt betrifft, so verfügen L.R.S. 466. 838 allerdings, daß bei der Betheiligung von Minderjährigen eine gerichtliche Theilung nothwendig sei, und in einem Aufsatze Bd. I. der Blätter f. J. und V. S. 399 ff. ist die Behauptung aufgestellt worden, daß dieß auch bei uns Gültigkeit habe. Indessen steht dieser Ansicht die Praxis mit seltener Einmüthigkeit entgegen, indem sie seit Einführung des Landrechts stets die Amtsrevisorate als die auch für Minderjährige zuständige Theilungsbehörde ansah. Nach der erstmaligen Verkündung des Landrechts durch das Edikt vom 3. Februar 1809 sollten allerdings die Sätze 466. 838 unverändert zur Anwendung kommen, allein das II. Einf.Ed. vom 22. Dezember 1809 erklärte in seinem Eingange, daß alle jene Anordnungen des Landrechts einstweilen aufgeschoben bleiben sollen, welche eine veränderte Staatseinrichtung voraussetzen, und beschränkte in Ziff. 1 die Gültigkeit des I. Einf.Ed. dahin, daß die abweichenden Vorschriften des Organisationsedikts vom 26. November 1809 in Kraft bleiben. Letztres Edikt hatte aber in Beilage C. Ziff. 39. lit. b und lit. j ausdrücklich die Fertigung von Theilungen, welche Minderjährige und ähnliche Personen betreffen, den Amtsrevisoratsscribenten (jetzt Notaren) unter Aufsicht der Amtsrevisoren übertragen, und den Aemtern in Ziff. 20 nur ein Ueberwachungsrecht dieses Geschäftszweiges im Allgemeinen belassen. Da das Landrecht nur nach Maßgabe der Einf.Ed.

Gültigkeit hat, so ist diese Aufrechthaltung des Organisationsedikts gegenüber dem I. Einf.Ed. gleichbedeutend mit einer Aenderung des Inhalts des Landrechts selbst, zumal für den hier in Frage stehenden Gegenstand, bezüglich dessen hätte eine Staatseinrichtung abgeändert werden müssen, wenn die landrechtliche Vorschrift in Vollzug gesetzt werden sollte.

Mit Unrecht beruft sich daher der erwähnte Aufsatz darauf, daß das II. Einf.Ed. jene Abänderung des Landrechts nicht anführe, denn es bedurfte nach dem Obigen nicht einer nochmaligen besonderen Anführung.

In Uebereinstimmung hiermit steht auch die in § 5 des II Einf.Ed. befohlene und durch das Gesetz vom 18 April 1810 (Reg.Bl. No. XVIII.) verwirklichte Einführung von Waisengerichten, denn die in Ziff. 5 jenes Gesetzes vorgeschriebene Mitwirkung der Waisenrichter bei Theilungen beruht im Vergleiche mit L.R.S. 824 offenbar auf der Voraussetzung, daß nicht die Gerichte die Theilung besorgen.

Diese sonach vollkommen richtige Praxis liegt den oberhofgerichtlichen Urtheilen in oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. Bd. VIII. S. 511 ff., Annalen XVII. S. 359 zu Grund und wird vertheidigt von Munke, Vorträge S. 214. 215.

Sowenig daher die Kläger aus der Unzuständigkeit der Theilungsbehörde etwas für sich ableiten können, sowenig ist dies der Fall hinsichtlich der Art der Vornahme des Geschäfts, denn dasselbe entspricht im Allgemeinen dem Gesetze, und die einzelnen Ausstellungen der Kläger sind grundlos.

Die Liegenschaftsloose beider Theile sind verhältnißmäßig nur um eine Kleinigkeit von einander verschieden, was nach L.R.S. 833 nicht hindert, die durch L.R.S. 826 als Regel vorgeschriebene Theilung im Stück vorzunehmen, wie sich auch von selbst versteht, da die Fertigung ganz gleicher Loose fast nie möglich ist.

Das Amtsrevisorat hat seiner Pflicht, die Theilung zu prüfen genügt, und hat dabei einige, wenig bedeutende Bemerkungen gemacht; diese wurden vom Geschäftsfertiger beantwortet, was das Amtsrevisorat für hinlänglich erachtete, da es daraufhin die Theilungsakten dem Amte zur obervormundschaftlichen Bestätigung des vorsichtsweisen Erbantritts vorlegte.

Wenn die Kläger nebenher auch noch aus der Einmischung einiger Gläubiger der Frau Schrempp einen Anfechtungsgrund herleiten wollen, so widerspricht dies ihrem eigenen Vorbringen, wonach sie diese Gläubiger abgefunden haben, und überdieß hätten zufolge L.R.S. 882 nur diese Gläubiger ein Anfechtungsrecht, welches die Kläger natürlich nicht ausüben können.

Eine obervormundschaftliche Ermächtigung der Erbtheilung ist eigentlich erst in L.R.S. 840 geboten, welche Gesetzesstelle nirgends ausdrücklich abgeändert ist, und nur die Ermächtigung des Familienraths erwähnt; diese Ermächtigung aber liegt hier vor.

Das II. Einf.Ed. §. 20 erklärt auch ausdrücklich, daß in den Fällen von L.R S. 461 — 466, mithin ebenfalls in den unter Satz 466 vorkommenden Erbtheilungen, eine obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung nicht nöthig sei, während dessen §. 5 die in §. 19 benannten Personen *) an die Stelle des Familienrathes treten läßt, was durch den Ausdruck „Personen“ deutlich zeigt, daß nicht die in No. 19 auch vorkommende Obrigkeit, sondern nur der Ortsvorsteher oder Waisenrichter und die Verwandten oder deren Stellvertreter gemeint sind. Der mithin außer dem Familienrathe erforderliche Waisenrichter hat aber gleich diesem die Fieß'sche Theilung genehmigt.

Es ist dieß zugleich ein weiterer Beleg dafür, daß das II. Einf.Ed. keine eigentlich gerichtliche, sondern nur die vom Amtsrevisorate besorgte Theilung kennt.

Ist nach allem diesem die Theilung gemäß L.R.S. 466. 480 für endgültig zu erachten, so haben die Kläger zufolge L.R.S. 1314 ein Recht auf deren Umstoßung nur insoweit, als es einem Volljährigen zusteht, können sich mithin nicht auf L.R.S. 1305 stützen. Gewalt oder Gefährde wird nun nicht behauptet, wohl aber die nach L.R.S. 887 gleichfalls erhebliche Verletzung über ein Viertel.

Zugleich führen die Kläger einen Umstand an, welcher möglicherweise einen Irrthum darstellen könnte, kraft dessen sie nach der richtigen Ansicht (Zachariä Bd. IV § 626 vor und in Note 3. Gilbert, Note 1 zu Art. 887) die Theilung anfechten dürften.

Die Mutter der Kläger, Ehefrau Schrempp, soll nämlich irrthümlich als Erbe angesehen und mit ihrem Pflichttheile berücksichtigt worden sein. Allein zufolge L.R.S. 813 konnte Frau Schrempp trotz ihrer Enterbung ihren

*) Auffallender Weise ist in einer im Jahre 1839 erschienenen Ausgabe des Landrechts in klein Octav §. 5 des II. Einf.Ed. falsch abgedruckt, da es darin statt der Worte: „die in No. 19 genannten Personen“ heißt: „die Beamten.“

D. E.

Pflichttheil fordern, und sie hat dieß in der Schlußerklärung über das Theilungsgeschäft ausdrücklich gethan, womit ihre erste Erklärung ganz gut vereinbarlich ist.

Damit wurde sie zum betreffenden Theile Erbin, und hat auch wirklich die Erbschaft unbedingt angetreten, was sie nach dem im L.R.S. 783 ausgesprochenen alten Satze „semel heres, semper heres“ nicht mehr rückgängig machen konnte.

Wenn sie gleichzeitig ihren Pflichttheil den Klägern überließ, so ist das gemäß L.R.S. 780 sogar ein weiterer Grund, dieselbe als Miterbin anzusehen. In Folge dessen mußten daher nach L.R.S. 843. 851 ihre Vorempfänge als Theil der Erbmasse berechnet, und sie für ihren Erbtheil darauf angewiesen werden, während sie das Ueberschießende herauszahlen muß. Demnach liegt in dieser Theilungsbehandlung kein Anfechtungsgrund.

Alle weitern Klagbehauptungen zerfallen damit theilweise in sich selbst, theilweise sind sie nicht geeignet oder nicht hinreichend, um eine Verletzung über ein Viertel darzuthun. Wenn nemlich die Kläger mit einer großen Gleichstellungsgeldforderung an ihre, angeblich zahlungsunfähige, Mutter verwiesen sind, so ist dieß, sofern sie deren Uebertragung ihres Pflichttheils annahmen, eine Anweisung an sich selbst, welche sie nicht beschwert, und andern Falls mögen sie von den Fieß'schen Kindern nach L.R.S. 885. 886 (Gilbert Note 7 zu diesen Artikeln) Gewährleistung verlangen, wo dann beide Theile den gleichen Schaden leiden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe
zu dem Urtheil vom 15. Dezember 1857.

Die von den Klägern gegen die vorderinstanzlichen Urtheile erhobenen Beschwerden sind nicht begründet.

I. Insoweit die vorliegende Theilung ihrer formellen Beschaffenheit wegen angefochten, beziehungsweise als eine blos fürsorgliche bezeichnet wird, sieht die Klage vom 9. Juli 1856 im §. 8 von den durch L.R.S. 466 vorgeschriebenen Förmlichkeiten ab, nimmt also davon geflissentlich Umgang, und greift sie blos wegen Mangels der obervormundschaftlichen Genehmigung an, welche aber bezüglich des vorsichtsweisen Erbantritts der Minderjährigen unterm 28. Oktober 1853 ertheilt und im Uebrigen nach §. 20 des II. Einf.Ed. von 1809 (Reg.Bl. S. 500) nicht nothwendig ist.

Sind sonach die vorgeschriebenen Formen als beobachtet anzusehen, so kann die gedachte Theilung nicht wegen bloser Verkürzung — gleichviel von welchem Betrage — umgestoßen werden. L.R.S. 1305 vrgl. mit L.R.S. 1314.

Es fragt sich hiernächst weiter:

II. ob den Klägern durch den angefochtenen Theilungsakt eine Verletzung über ¼ zugefügt worden ist?

In dritter Instanz begehren die Kläger die Umstoßung der Theilung als Cessionare ihrer Mutter, welche als Pflichterbin um mehr als ¼ verletzt worden sein soll.

Dieser Begründung steht jedoch nicht blos das in den §§. 1172 No. 5 und 1196 der Pr.O. enthaltene Verbot, sondern auch die aktenmäßige Thatsache entgegen, daß die Klage, wie aus dem §. 9 und aus der Rubrik derselben zu ersehen, nicht allein gegen die Joseph Fieß'schen Kinder, sondern zugleich gegen die Schrempp'sche Ehefrau gerichtet und darin geltend gemacht ist, daß den Klägern die ganze Hälfte des großväterlichen Nachlasses mit Ausschluß ihrer Mutter hätte zugewiesen werden sollen.

Ja sie beschweren sich im §. 4 der Klage gerade darüber, daß ihre Mutter in der Theilung als Erbin behandelt wurde.

Die in dritter Instanz versuchte Klagänderung verdient daher keine Rücksicht. Aber auch nach der ursprünglichen Klagbegründung stellt sich keine Verletzung über ¼ heraus.

Da der Erblasser zwei Kinder, beziehungsweise deren Abkömmlinge hinterließ, so konnte er nur über ⅓ seines Vermögens freigebig verfügen, somit die Tochter Louise weder ganz enterben, noch ihr mehr als ⅓ entziehen. L.R.S. 913 und 920.

Diese Tochter hat denn auch ihren Pflichttheil in Anspruch genommen, und alsbald darüber verfügt, indem sie solchen ihren Kindern zu Eigenthum überließ.

Hierin liegt aber eine unzweifelhafte Erbschaftsantretung der Schrempp'schen Ehefrau, welche sich eben deßhalb wie jeder Erbe, die Vorempfänge aufrechnen lassen muß.

II.

Unter welchen Verhältnissen berechtigt die Nichterfüllung eines Vertrags zu dem Begehren der Vertragsauflösung und der Rückgabe der Leistung?

(Stiftschaffnei Lahr gegen die Gemeinde Dinglingen.)

Kläger ist durch Kauf vom 11. Februar 1845 Eigenthümer des früher der † Elise von Lotzbeck gehörigen

Hurster Hofes geworden, auf welchem kraft Vertrags Frohndfreiheit ruhen soll.

Am 19. Oktober 1798 kam nämlich zwischen dem damaligen Besitzer Carl Lotzbeck und der Beklagten ein Vertrag zu Stande, wonach diese gegen Bezahlung von 1000 fl. alle auf dem Hofe ruhenden Frohndlasten übernahm, was bis nach Einführung der Gemeindeordnung (23. April 1832) vollzogen wurde.

Seitdem legt die Beklagte die Umlagen für Gemeindefrohnden auch auf den Hurster Hof um und erklärte neuerlich, daß sie wegen der Gemeindeordnung den Vertrag nicht mehr für bindend erachte. Auf Grund von L.R.S. 1184 begehrt daher der Kläger Auflösung des Vertrags und Rückzahlung der 1000 fl.

Die Beklagte gab dies im Allgemeinen zu und bemerkte, der Lotzbeck'sche Buchhalter, welcher den Verkauf vornahm, habe die aus dem Vertrage etwa abfließenden Rechte auf den Kläger übertragen, ohne die Gewähr hiefür zu übernehmen.

Das Amt wies die Klage ab, weil der Kläger als Singular-Successor nicht sachberechtigt sei, und auch in den beiden oberen Instanzen wurde, jedoch aus anderen Gründen, diese Abweisung bestätigt.

Entscheidungsgründe
zu dem Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 4 September 1857.

Wenn sich auch die Zweifel an der Sachberechtigung des klagenden Theils dadurch erledigen, daß in der beklagtischen Vernehmlassung eine zu Gunsten des Klägers stattgehabte Cession der aus dem Vertrage vom 19. Oktober 1798 abfließenden Rechte erwähnt ist, so erscheint dennoch das unterrichterliche Urtheil als gerechtfertigt.

Zufolge L.R.S. 1184 beruht nämlich das Recht, die Auflösung des Vertrags und die Zurückgabe der Leistung zu verlangen, auf der Voraussetzung, daß die eine Vertragspartei ihrem Versprechen kein Genüge leistet, und es muß mithin eine Nichterfüllung des Vertrags vorliegen, welche ihren Grund darin hat, daß der Betreffende seiner Pflicht nicht nachkommt. Noch deutlicher als die badische Uebersetzung drückt der Urtext mit den Worten „ne satisfera point à son engagement" den Gedanken aus, daß eine Verletzung der Vertragspflicht erforderlich ist, denn es wird dort nicht allgemein von Nichterfüllung des Vertrags, sondern davon gesprochen, daß der eine Contrahent seiner Pflicht nicht genügt.

Nun mangelt aber im vorliegenden Falle schon die Nichterfüllung des Vertrags, da die Beklagte nach den Angaben der Klage über 30 Jahre lang Alles redlich geleistet hat, was ihr oblag, und da sie von da an gar nicht mehr in der Lage war, diese Leistungen fortzusetzen, weil das Hofgut des Klägers die Frohndfreiheit ohnehin genoß. Verschiedene Gesetze (Reg.-Bl. 1831 S. 69, 1832 S. 79. 333. 499, 1833 S. 9. 201) haben allgemein fast alle Frohnden aufgehoben, und §. 76 der Gemeindeordnung beseitigt auch deren letzte Art.

Wenn in §. 77 der Gemeindeordnung der Gemeinde das Recht gegeben ist, die Naturalleistung der Hand- und Fuhrdienste anzuordnen, so trifft dies nur die Bürger und gewisse Einwohner, unterscheidet sich mithin wesentlich von Frohndpflichtigkeit (L.R.S. 710 a) und berührt nicht das im Besitze von Ausmärkern befindliche Hurster Hofgut.

Wollte man aber auch annehmen, daß die Umlagen, welche zur Bestreitung jener Dienste von der Gemeinde erhoben werden, an die Stelle der Frohnden getreten sind und unter den Vertrag vom 19. Oktober 1798 fallen, so ist keine Nichterfüllung vorhanden, welche auf einer Verletzung der Vertragspflichten von Seiten der Beklagten beruht. Denn die Beklagte ist durch das Gebot des Gesetzes (§. 73 der Gemeindeordnung, § 46. 47 des Bürgerrechtsgesetzes) gezwungen, diese Umlagen auch auf das klägerische Hofgut auszudehnen, und es ließe sich sogar nicht einmal ausmitteln, welcher Betrag der auf den Hurster Hof fallenden Umlagen durch die fraglichen Dienste veranlaßt wird. Wäre Letzteres aber auch möglich, und würde die Beklagte diesen Betrag auf sich nehmen, so müßte sie die Umlagen zur Bestreitung ihrer andern Bedürfnisse erhöhen, wovon eben doch wieder das klägerische Hofgut betroffen würde.

Der fragliche Fall ist vielmehr unter L.R.S. 1234 a zu subsumiren, weil der Beklagten die fernere Vertragserfüllung sittlich und natürlich unmöglich geworden ist, und hieraus folgt im Hinblicke auf L.R.S. 1138. 1148, daß der Vertrag in einer Weise erloschen ist, welche die Beklagte von der Zurückgabe der Gegenleistung befreit. Brauer, Bd. III. S 171 zu L.R.S. 1234 a, Zachariä, franz. Civ. Recht II. Bd. §. 331, Gilbert, Note 25 zu Art. 1183. 1184, Annalen XXI. S. 20. 246, XXV. S. 229.

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 168 wurde, wie geschehen, erkannt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe

zu dem Urtheil vom 18. Februar l. J.

Die Klägerin ist durch die Urtheile der beiden vordern Instanzen nicht beschwert.

Zwar unterliegt ihre Legitimation zur Sache, wie schon das großh. Hofgericht mit Recht angenommen hat, keinem Anstand, da bei dem Verkaufe des Hurster Hofguts an sie die aus dem Vertrage vom 19. Oktober 1798 abfließende Berechtigung noch ausdrücklich auf sie übertragen wurde. Allein die auf Auflösung dieses Vertrags gerichtete Klage stellt sich als unbegründet dar; mag man nun davon ausgehen, daß derselbe von der Beklagten auch jetzt noch erfüllt werden könne, oder daß dessen fernere Erfüllung in Folge der neuern Gesetzgebung unthunlich geworden sei. Im erstern Falle kann wohl die Erfüllung und geeignetenfalls Entschädigung, nicht aber die Auflösung des Vertrags gefordert werden. Beide Theile stimmen darin überein, daß die Beklagte denselben bis in die 1830r Jahre, also über 30 Jahre lang, redlich erfüllt hat. Die Auflösung eines Vertrags, wie sie hier von der Klägerin unter Hinweisung auf L.R.S. 1184 begehrt wird, setzt aber nach L.R.S. 1183 die Sachen in den Stand zurück, als wäre der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden, und verbindet daher den einen Vertragstheil so gut wie den andern, das bereits Empfangene zurückzugeben. Schon der Natur der Sache nach ist es aber der Klägerin unmöglich, der Beklagten dasjenige zurückzugeben, was dieselbe in Folge des Vertrags bereits geleistet hat, und deßhalb kann sie auch ihrerseits nicht verlangen, daß die Beklagte ihr das Empfangene zurückgebe, oder daß der Vertrag für aufgelöst erklärt werde.

Im andern Fall, wenn man nämlich annimmt, daß es der Beklagten in Folge der neuern Gesetzgebung, also durch höhere Gewalt, unmöglich geworden sei, den Vertrag für die Zukunft noch zu erfüllen, erscheint die Klage deßhalb unbegründet, weil die Beklagte ihn so lange als möglich erfüllt hat, und eine weiter gehende Verpflichtung ihr durch solchen nicht auferlegt ist.

Sie hat durch den Vertrag gegen ein Entgeld von 1000 fl. die Verbindlichkeit übernommen, alle vom Tage des Vertrags an auf den Hurster Hof fallenden Frohnden verrichten zu lassen.

Diese Verbindlichkeit hat sie erfüllt, denn sie ließ die Frohnden verrichten, so lange überhaupt Frohnden in Dinglingen bestanden. Sie hat daher auch nicht vertragswidrig gehandelt, wenn sie von da an, wo die Frohnden aufhörten, auch ihre Leistungen einstellte.

Die von ihr übernommene Last war eine unbestimmte, sie konnte — je nach Umständen — größer oder geringer sein, oder auch ganz wegfallen. Um für alle Fälle gesichert zu sein, gab die Klägerin, beziehungsweise deren Rechtsvorfahrer, ihr als Gegenleistung dafür ein für allemal die Summe von 1000 fl. Je nach den Ereignissen konnte hiernach das Geschäft für die Klägerin oder für die Beklagte ein sehr vortheilhaftes sein, da aber die Klägerin für alle Fälle die 1000 fl. hingegeben hat, so kann sie auch beim gänzlichen Aufhören der Frohnden so wenig deren Zurückgabe verlangen, als die Beklagte eine weitere Gegenleistung begehren könnte, wenn die von ihr übernommene Last im Wege der Gesetzgebung erhöht worden wäre.

Mit dem Aufhören der Frohnden ist vielmehr auch ihre Verbindlichkeit erloschen.

Deßhalb mußten die Urtheile der beiden vordern Instanzen bestätigt und die Klägerin in Gemäßheit des §. 168 der Pr.O. in die Kosten der dritten Instanz verfällt werden. X.

III.

1) Zur Anfechtung einer Vermögensabsonderung genügt die Benachtheiligung des Gläubigers auch ohne Gefährde der Eheleute.
2) Die Gläubiger dürfen eine zu ihrem Nachtheile vollzogene Vermögensabsonderung auch im Wege der Einrede anfechten.
3) Diese Anfechtung unterscheidet sich von jener im Wege der Klage wesentlich bezüglich des Erfolgs, denn durch die Einrede wird die Vermögensabsonderung nur hinsichtlich des Gegenstandes des einzelnen Rechtsstreites, durch die Klage hingegen wird sie dem Gläubiger gegenüber gänzlich beseitigt.
4) Dafür ist aber auch die Anfechtung im Wege der Einrede nicht an die Frist des L.R.S. 1167a

gebunden, sondern nur, und zwar ohne Unterschied, ob Gefährde oder nur Benachtheiligung behauptet ist, die Anfechtungsklage.

Allgemeiner Grundsatz ist es, daß alle Rechtsbehelfe ebensowohl einredend als klagend geltend gemacht werden können, und dies findet auch auf die Anfechtung einer Vermögensabsonderung durch die Gläubiger Anwendung, da L.R.S. 1447 für dieselbe keine besondere Form vorschreibt. Wenn man dies bisweilen bezweifelt hat, so rührt es daher, daß man über die verschiedene Wirkung der Anfechtung mittelst Einrede und mittelst Klage im Unklaren war, und die Einrede so auffaßte, als ob dadurch dem Gläubiger gegenüber die Vermögensabsonderung im Allgemeinen beseitigt werden sollte, was freilich nicht angeht, weil hiezu ein wirklicher und allgemeiner Angriff, mithin eine Klage oder Widerklage erforderlich ist. Nun will aber der Gläubiger, welcher einredend vorträgt, daß die Vermögensabsonderung als zu seinem Nachtheil erkannt ihm gegenüber unwirksam sei, damit nur den gegen ihn erhobenen Anspruch bekämpfen, und kann also damit keinen weiteren Sieg erringen, als daß dieser einzelne Anspruch zurückgewiesen wird; das Urtheil darf auf Grund der Einrede nicht weiter gehen, als diese selbst (Pr.O. §. 5 u. 336), muß sich also auf den Ausspruch beschränken, daß die damit angefochtene Forderung verworfen werde. Denken wir den Fall, daß eine Ehefrau gegen die von dem Gläubiger gegen ihren Mann auf gewisse Fahrnisse erwirkte Vollstreckung Einsprache erhebt, weil ihr dieselben bei der Vermögensabsonderung zugeschieden worden sind, und der Gläubiger dagegen die Einrede nach L.R.S. 1447 vorschützt, so will er nur die Abweisung der Einsprache erwirken, und darf das Gericht eben auch nur diese aussprechen.

In Folge dessen werden also die betreffenden Fahrnisse zum Besten des Gläubigers versteigert, im Uebrigen aber bleibt die Vermögensabsonderung bestehen, und selbst jenem Gläubiger gegenüber darf die Frau alles andere durch die Vermögensabsonderung erlangte Vermögen behalten, ohne daß derselbe daraus wegen Verwerfung der Einsprache Befriedigung begehren könnte. Nach L.R.S. 1351 erstreckt sich nemlich die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung nur auf das, was Gegenstand des Streites war, und dieser besteht in dem gewählten Beispiele nur in dem Eigenthum der gepfändeten Fahrnisse, oder in der sonst erhobenen Forderung; die nur vertheidigungsweise und zur Bekämpfung der Klage hereingezogene Ungültigkeit der Vermögensabsonderung, welche für den Richter nur den Grund abgibt, das einzelne aus der Vermögensabsonderung abgeleitete, und klagend verfolgte Recht nicht anzuerkennen, ist natürlich auch nur in soweit Gegenstand des Streites, als es sich um dieses einzelne Recht handelt, nicht aber in ihren anderen Beziehungen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Gläubiger mittelst einer Klage die Ungültigkeitserklärung der Vermögensabsonderung erwirkt hat, denn alsdann ist zwischen ihm und der Frau ein für allemal festgestellt, daß jener Akt wirkungslos sei.

Die Frage, ob die Anfechtung der Vermögensabsonderung auch im Wege der Einrede zulässig sei, ist besonders deßhalb von Wichtigkeit, weil die Anfechtung mittelst einer Klage jedenfalls an die kurze, nur einjährige Frist des L.R.S. 1167 a gebunden ist. Diese Gesetzesstelle sagt allgemein, daß die „vorgedachte" Anfechtung nur innerhalb eines Jahres von der Zeit der dem Gläubiger möglich gewordenen Kenntniß an stattfindet, verweißt also allgemein auf L.R.S. 1167 und in diesem ist auch der Fall des L.R.S. 1447 erwähnt. Daß zur Anfechtung nach L.R.S. 1447 nicht eigentliche Gefährde der Ehegatten, sondern nur die Benachtheiligung des Gläubigers erforderlich ist, ergibt sich schon aus der Fassung dieses Satzes „zum Nachtheil ihrer Rechte," wogegen L.R.S. 1167 sagt: „zum Abbruch ihrer Rechte." Wenn der französische Urtext an beiden Stellen lautet: „en fraude de leurs droits," so steht dies um so weniger entgegen, als dessen ungeachtet auch für das rein französische Recht unsere Ansicht vertheidigt wird (Zachariä, Bd. III. §. 516. Note 6), und als Brauer, Bd. III. S. 361 zu Satz 1447 offenbar dieser Meinung huldigt, mithin gewiß, um ihre Geltung sicher zu stellen, absichtlich die hervorgehobene Art der Uebersetzung gewählt hat. Stabel, eheliches Güterrecht, S. 33. Dessen ungeachtet muß die Fristbestimmung des L.R.S. 1167 a für jede Anfechtungsklage, wenn sie auch nicht auf Gefährde der Eheleute, sondern nur auf Benachtheiligung des Gläubigers gestützt wird, gelten, weil das Gesetz nicht unterscheidet. Demnach wäre, wenn man den Gläubiger nur zu einer Anfechtung mittelst Klage oder Widerklage zulassen würde, seine Lage viel schlimmer, als wenn man ihm dies auch im Wege der Einrede gestattet, denn für diese Einrede müssen wir den alten Satz „quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum"

in Anspruch nehmen. Zunächst spricht dafür die scharfsinnige Begründung in Stabel, titre prél. §. 55. S. 200 ff. hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit der Klagefrist des L.R.S. 1304 auf die Einreden der Nichtigkeit eines Vertrages, denn auch in unserer Frage handelt es sich um eine Klagefrist, nämlich jene des L.R.S. 1167a und um eine Nichtigkeit. Ferner sind Annalen XIX. S. 412, XXI. S. 188 hofgerichtliche und oberhofgerichtliche Entscheidungen mitgetheilt, welche aussprechen, daß die Einrede der Gefährde nicht, wie die Anfechtungsklage, der Frist des L.R S. 1167a unterworfen sei. Annalen XXIII. S. 94 ff. wird aber die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt:

1) weil die Verjährung ein vollgiltiger civilrechtlicher Erwerbstitel sei, mithin nach Vollendung derselben auch die Einrede erloschen sein müsse, indem sie auf ein Rechtsverhältniß zurückgreife, welches durch die Verjährnng aufgehört habe zu existiren;
2) weil sich das moralische Gefühl dagegen sträube;
3) weil L.R.S. 1167a eine unerstreckliche Klagefrist festsetze.

Das erste Argument trifft eigentlich nicht die vorliegende Frage in specie, sondern das Axiom: „exceptiones sunt perpetuae" und fällt mit dem Gedankengange zusammen, welchen Brauer, Bd. III. S. 28 einhält, und gegen welchen sich gewaltige Einwendungen machen ließen (Zachariä, Bd. IV. §. 771 vor und in Note 1, Stabel, titre prél. S. 201. 202), doch bedarf es keines Eingehens auf diese allgemeine Controverse, da unsere spezielle Frage durch das Gesetz gelöst ist. Wie nämlich Brauer am angegebenen Orte sagt, daß er ungeachtet der Mißbilligung des Satzes: „Jede zeitliche Klage ist immerwährend zur Einrede" in sein gesetzgeberisches Werk die Bestimmung aufgenommen habe, daß die durch unrechte Thaten hervorgebrachten Verträge jeder Zeit im Wege der Einrede angefochten werden dürfen, so bestimmt L.R.S. 1117a ausdrücklich, daß ein Vertrag, den der eine Theil durch Zwang oder Betrug herbeiführte, von ihm niemals zu seinem Vortheil vor Gericht benützt werden könne. Schon Brauer a. a. O. und ebenso Stabel S. 204 erklären sich für die analoge Anwendung dieses Satzes auf andere ähnliche Fälle, und die nach L.R.S. 1167 erforderliche Gefährde erscheint an sich als eine Art des Betruges im Allgemeinen, wenn sie auch nicht gerade die Merkmale des L.R.S. 1116 hat, so daß selbst ohne Beihilfe der Analogie die Anwendung von L.R.S. 1117a hierauf gerechtfertigt wäre. (Vergleiche Strafgesetzbuch §. 465.)

Das zweite Argument widerlegt sich am Besten durch Brauer's Worte a. a. O.: „Unverzeihlich wäre es einem Gesetzgeber, der dem Vergewaltiger oder Betrüger ein Mittel in die Hand geben wollte, durch einen Verzug seiner Forderung sie von jenem Mangel zu entledigen, und so alsdann Gewinn daraus ziehen zu können." Dieß ist denn doppelt richtig, wenn man erwägt, daß Brauer von der zehnjährigen Frist des L.R.S. 1304 spricht, und hier nur eine einjährige Frist in Frage steht. Wenn der redliche Gläubiger durch den Ablauf eines einzigen Jahres in die Lage kommen soll, mit seinem guten Rechte gegen das gefährdevolle Machwerk seines Schuldners und dessen Helfershelfers zurückstehen zu müssen, so dürfte wahrlich bezüglich der Frage, ob er sich noch durch die Einrede der Gefährde schützen kann, das Billigkeitsgefühl zu seinen Gunsten sprechen.

Das dritte Argument ist das erheblichste, denn es hat allerdings viel für sich, daß ein Anfechtungsrecht, welches von dem Gesetze an eine Nothfrist gebunden ist, nach Ablauf dieser Frist ebensowenig einredend als klagend, benützt werden darf. (Zachariä Bd. IV. §. 771.) Allein es widerlegt sich dieß dadurch, daß in L.R.S. 1117a von dieser strengen Consequenz für die Einreden aus den erwähnten Gründen eine Ausnahme gemacht worden ist, und zwar, wie schon bemerkt, gerade gegenüber einer Klagefrist, nämlich jener des L.R.S. 1304, welche noch dazu viel länger ist, als jene des L.R.S. 1167a. Demnach dürfen wir mit allem Rechte an der, von der Praxis angenommenen Ansicht festhalten, daß die Einrede der Gefährde nicht an die Nothfrist des L.R.S. 1167a gebunden ist.

Was die Anfechtung einer Vermögensabsonderung betrifft, so haben wir zwar gesehen, daß solche ohne eigentliche Gefährde der Eheleute zulässig ist und man könnte daher sagen, daß eine solche auf die der Einrede der Gefährde eingeräumte Vergünstigung dann keinen Anspruch habe, wenn sie nicht auf die Behauptung der Gefährde gestützt ist, allein sobald man die Anfechtung einer Vermögensabsonderung wegen bloser Benachtheiligung des Gläubigers der Strenge des L.R.S. 1167a unterwirft, sie mithin hierin der Anfechtung wegen Gefährde gleichstellt, so muß man dieß auch hinsichtlich der weisen Beschränkung dieses strengen Satzes in L.R.S. 1117a thuen.

Nach diesen Grundsätzen hat auch das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises in Sachen der Ehefrau Kupferer gegen Joseph Ernst und Genossen von Stadelhofen, Einsprache gegen eine Vollstreckung betreffend, durch Urtheil vom 24. April v. J. erkannt.

Dr. Puchelt.

IV.

1) Das Gesuch eines Handelsmannes um Wiederbefähigung ist unzuläßig, wenn es nicht den Nachweis über Befriedigung sämmtlicher Gantgläubiger enthält.

2) Ergibt sich also aus dem Gesuche, daß ein Gantgläubiger noch keine Zahlung erhalten hat, so bedarf es auch nicht der öffentlichen Aufforderung an die Gläubiger zur Einsprache.

Annalen XXV. S. 19. 20. 21.

Entscheidungsgründe
zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 9. Oktober 1857.

In Erwägung, daß zufolge H.R.S. 264 die Bitte um Wiederbefähigung den Nachweis über die Befriedigung der Gläubiger enthalten muß.

In Erwägung, daß dieß mithin auch die Voraussetzung für das nach H.R.S. 265 einzuleitende weitere Verfahren ist, zumal dasselbe im Hinblick auf H.R.S. 266 hauptsächlich als zur Controlirung jenes Nachweises bestimmt erscheint, und sonach durch den Mangel des Nachweises zwecklos wird.

In Erwägung, daß nach den eigenen Angaben des Beschwerdeführers Robert Vayhinger Theilerbe eines früheren Gantgläubigers bezüglich einer in der Gant liquidirten Forderung geworden ist, mithin zu den Gläubigern gehört, deren Befriedigung in dem Gesuche um Wiederbefähigung darzuthun war, wobei es gleichgültig ist, ob dieser Posten in dem eigentlichen Gantvergleiche oder in einem späteren Vergleiche begriffen war, und ob die für den ersteren geleistete Sicherheit zu Gunsten dieses Postens in Betracht kommt oder nicht, weil dieß an dessen Natur nichts ändert.

In Erwägung, daß nach den weiteren Angaben des Beschwerdeführers die Vayhinger'sche Forderung nicht bezahlt ist, sondern durch Weltschlagung getilgt sein soll, worüber jedoch ein Rechtsstreit anhängig ist, der im ersten Rechtszuge zum Nachtheile des Beschwerdeführers entschieden wurde.

In Erwägung, daß somit der Nachweis über Befriedigung dieses Gläubigers nicht geliefert ist, und dessen angebliche Sicherung durch das liegenschaftliche Vermögen des Beschwerdeführers selbstverständlich einer Zahlung nicht gleichsteht.

In Erwägung, daß schon hiernach die erhobene Beschwerde als unbegründet erscheint, und es deßhalb einer Prüfung der weiteren Fragen über die Zuläßigkeit des Rechtsmittels und über das Vorhandensein der weiteren Erfordernisse des Gesuchs um Wiederbefähigung nicht bedarf.

Aus diesen Gründen und gemäß Pr.O. §. 168 wegen der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 8.**

I.

Erörterungen aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung.

Raub mit Mord oder Mordversuch.

Mord geht über Raub.

Str.G.B. §. 412 ff., §. 205. 112. 114. 182.

(Annalen XXIV. S. 409.)

Im letzten Blatte der vorjährigen Annalen sind zwei Urtheile des Bruchsaler Schwurgerichts aus den Jahren 1856 und 1857 in Bezug auf eine nicht unwichtige Streitfrage des badischen Strafrechtes besprochen worden. Da daselbst die in dem früheren Fall (der Anklagesache gegen Zöller und Ritz) angenommene Ansicht eine umfassende Begründung und tüchtige Vertheidigung gefunden hat, dürfte es von Interesse sein, auch die Gründe, welche in dem späteren Falle (der Anklagesache gegen Reus) den Schwurgerichtshof mit der Anklagekammer [1]) zu einer abweichenden Ansicht führten und im beschränkten Rahmen des schwurgerichtlichen Urtheils nur kurz angedeutet werden konnten, etwas näher kennen zu lernen, und zwar um so mehr, als der Schwurgerichtshof in diesem zweiten Fall in der Lage war, die für die Gegenansicht geltend gemachten gewichtigen Gründe ihrem ganzen Umfange nach zu kennen und zu würdigen, nichts destoweniger aber zuletzt und mit großer Entschiedenheit, der abweichenden Auffassung den Vorzug gab.

Für diese abweichende Auffassung, die auf den ersten Anblick dem System des §. 412 des Str.G.B. weniger zu entsprechen scheint [2]), kommt Folgendes in Betracht:

1) Das badische Str.G.B. hat allerdings den Raubmord nicht als eine besondere Verbrechensart ausgezeichnet, wie dies von einzelnen Lehren des gemeinen deutschen Strafrechts [3]) und in einigen neueren deutschen Strafgesetzbüchern [4]) geschehen ist. Es hat den Raubmord weder als eine besondere Art des Mordes oder der Tödtung überhaupt, noch als eine besondere Art des Raubes eigends hervorgehoben. (Raubmord — Mordraub.)

---

[1]) Auch im ersteren Fall war die Anklagekammer und damals auch die Staatsanwaltschaft der nämlichen Ansicht.

[2]) Man vergleiche die Ansicht von Kettenacker über den Thatbestand des Raubs in Annalen Jahrg. XVIII. S. 206, welche dahin geht, daß das Strafgesetzbuch der Ansicht des gemeinen Rechts treu geblieben sei, jedoch mit der Abweichung, daß die negative Bestimmung: ohne die Person zu tödten, wegfällt, da das Gesetzbuch den Raubmord als ein selbstständiges Verbrechen nicht mehr aufgenommen hat.

[3]) Vergleiche die schon in der Abhandlung in Annalen Jahrg. XXIV. S. 412 in den Noten aufgeführten Schriftsteller und hinzu Marezoll, das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage u. s. w. §. 103 und 153, Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts §. 518.

[4]) Ganz ausdrücklich im österreichischen St.G.B. §. 135 Ziff. 2, verglichen mit §. 141, und im hannoverischen St.G.B. Art. 329, ähnlich auch im braunschweigischen §. 145; allgemeiner im bayerischen Art. 147 Theil I. Nach dem würtembergischen St.G.B. Art. 312 wird nur der ohne Absicht zu tödten durch die Gewaltshandlung bewirkte Tod (als schwerster Fall) bei dem Verbrechen des Raubes berücksichtigt. Nach dem großh. hessischen St.G.B. Art. 346, sowie nach dem thüringischen Art. 152 ist der Fall des durch die Gewaltthat herbeigeführten Todes ohne besondere Bezugnahme auf die Absicht der Tödtung als schwerster Fall aufgestellt. Das preußische St.G.B. bedroht in §. 233 den Raub, wenn dabei der Tod eines Menschen durch Mißhandlung oder Körperverletzung verursacht worden ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus (vergl. §. 175. 176 die Strafe des Mordes und Todschlages betr.). Das königl. sächsische St.G.B. droht in Art. 177 dem Räuber die Todesstrafe, wenn Jemand in Folge der gegen ihn verübten Gewalt den Tod gefunden hat, und lebenslängliche Zuchthausstrafe, wenn der Tod durch andere Umstände herbeigeführt worden ist u. s. w., in Art. 179 folgen nähere Bestimmungen über die Strafe des Versuches.

2) Bei der in §. 412 des Str.G.B. gedrohten Strafe des Raubs, welche hauptsächlich nach Maßgabe des dem Mißhandelten zugefügten, dem Räuber zuzurechnenden Schadens an Leib oder Leben abstufungsweise geregelt erscheint, ist als schwerster Fall allerdings auch der Fall vorgesehen, wenn die Mißhandlung den *Tod des Mißhandelten* zur Folge hatte, und es tritt hier auch *ohne Vorbedacht* bei dem Vorsatz der Tödtung und selbst bei nur *unbestimmtem* Vorsatz schon die Todesstrafe ein, so daß gegenüber denjenigen Arten der Tödtung, welche sonst mit geringerer Strafe gebüßt werden, offenbar die Strafe des Raubes *überwiegt*.

3) Dagegen ist die Strafbestimmung des §. 412 in richtiger Auffassung des Gesetzes nicht dahin auszulegen, daß hiernach der mit dem räuberischen Angriff zusammentreffende *Mord* ein nach dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und dem Sprachgebrauch [5]) ungleich schwereres Verbrechen als ein (gewöhnlicher) Raub blos unter den Gesichtspunkt und die Strafdrohung des Raubs gestellt und so diesem untergeordnet werden sollte.

4) Eine solche Unterordnung des *Mordes*, welcher als das allerschwerste oder eines der allerschwersten Verbrechen erscheint, unter den Begriff des *Raubes*, der zwar auch ein schweres Verbrechen, aber doch im Allgemeinen, dem Mord gegenüber, ein Verbrechen von minderer Schwere darstellt, würde sich wohl schon an sich wenig empfehlen, wie überhaupt jede mit dem natürlichen Verhältniß der Dinge im Widerstreit stehende künstliche Rechtsbestimmung; sie würde aber jedenfalls mit Nothwendigkeit voraussetzen, daß für den ganz im Raub aufgehenden Mord eine *durchreichend* genügende Strafandrohung in den gesetzlichen Strafbestimmungen über den Raub gegeben wäre, denn daß die Gesetzgebung einen Mörder der schlimmsten Art, der um Gewinnswillen sein Opfer mit kaltem Blute hinschlachtet, wegen seiner Eigenschaft als *Räuber* gelinder behandeln wollte, als einen Mörder gewöhnlicher Art (z. B. einen Mörder aus Eifersucht, Rache, Glaubenswuth, Parteienhaß) muß geradezu als eine rechtliche Unmöglichkeit betrachtet werden, als eine Annahme, die überall nicht unterstellt werden darf, so lange noch irgend ein geeigneter Ausweg für die Auslegung offensteht. [6])

Nun ergibt sich aber aus der Vergleichung des §. 412 Ziff. 5 §. 414 mit §. 112. 114 des Str.G.B. unseres Erachtens sehr klar, daß im Falle eines bei dem Raub versuchten Mordes die Strafe des Raubes keineswegs ausreichen würde, indem der Thäter, blos als Räuber behandelt, eine ungleich geringere Strafe erhalten würde. Ein solches Ergebniß könnte in keinem Falle zu Recht bestehen und würde durch jedes rechtlich zu Gebot stehende Mittel der Auslegung zu verhüten sein. [7]) Indeß hat man hier nicht nöthig, sich nach außerordentlichen Mitteln vernünftiger Auslegung umzusehen, denn die Vorschrift des §. 182 des Str.G.B., wonach Jemand, der durch *eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze* übertreten hat, zu der auf die schwerste Uebertretung gesetzten Strafe verurtheilt wird, die gleichzeitigen anderen Uebertretungen aber straferhöhend in Betracht kommen, bietet einen ebenso naheliegenden, als einfachen und passenden Ausweg dar. Diese Vorschrift erscheint hier vollkommen anwendbar; der darin beigefügte Vorbehalt, „*wo nicht ein besonderes Gesetz etwas Anderes verordnet*,“ steht nicht im Wege, wenn man nicht von der, nach Obigem nicht anzuerkennenden Voraussetzung ausgeht, daß das Gesetz über die Bestrafung des Raubes in dieser Richtung etwas von dem, was jene allgemeine Vorschrift und die Vernunft gebietet, Abweichendes verordnet.

5) Während *dieser* Ausweg sich als ein einfacher und natürlicher, gesetzlich gar wohl zulässiger empfiehlt, zeigt sich dagegen der von der gegentheiligen Ansicht gewählte Ausweg unseres Erachtens nicht nur als ein sehr gezwungenes, sondern als ein der Fassung und dem System des Str.G.B. §. 412 völlig widerstreitendes, unstatthaftes Auskunftsmittel, indem dabei der Grundgedanke der gesetzlichen Strafabstufung bezüglich des Raubes verkannt wird, wonach wesentlich der *wirklich eingetretene* schlimme Erfolg der körperlichen Verletzung (obwohl nicht ohne Mitberücksichtigung des etwaigen bestimmten oder unbestimmten Vorsatzes, sowie des Grades der Voraussicht) als entscheidend in Betracht kommt, und indem dabei

[5]) Wer Jemanden einen *Mörder* schilt, wird wegen dieser Ehrenkränkung in der Regel härter bestraft, als wer ihn blos einen *Räuber* nennt.

[6]) Schlimmsten Falles müßte der Thäter mit Nichtberücksichtigung seiner Eigenschaft als Räuber nach dem strengeren Gesetz über den *Mord*, das er immerhin zugleich übertreten hätte, verfolgt und bestraft werden! Ein Fortschreiter auf dem Pfade der Consequenz bis zu dem in der Note auf S. 413 der Annalen des vorigen Jahrs angedeuteten Widersinn würde uns unter allen Umständen als unstatthaft erscheinen.

[7]) Vrgl. Stabels Vorträge über fz. und bd. C.R. §. 23. 24.

[8]) Vergleiche die vorstehende Note.

zugleich eine gesetzliche Vorschrift, die nur für den Versuch eines Verbrechens gegeben ist (§. 112 ff. des Str.G.B.) und nur für diesen paßt, in unzulässiger Weise auf die verschiedenen Abstufungen der Strafe eines und desselben Verbrechens angewendet wird, so daß die Abstufungen als besondere „Unterverbrechen" aufgefaßt werden, und der vollendete Raub zugleich als ein Versuch der Verübung eines Raubes von höherer Strafbarkeit behandelt wird.

Wenn der §. 412 in der Weise, wie dieß geschehen ist, den wirklich eingetretenen Erfolg für die Strafgröße entscheidend erklärt, wie sollte es dann zulässig sein, da, wo der schlimme Erfolg in Wirklichkeit nicht eingetreten ist, wegen der weitergehenden Absicht dennoch auf den höheren Strafsatz zu greifen? Die weitergehende Absicht [8]) kann nur bei der Strafausmessung innerhalb der betreffenden Stufenabtheilung in Anschlag kommen, nicht aber die Folge haben, daß die nicht erreichte höhere Stufe angenommen wird.

Die Wahrheit dieses Satzes erscheint so einleuchtend, daß sie bei näherer Erwägung kaum auf die Dauer verkannt werden dürfte, und es hat auch die gewonnene Ueberzeugung von seiner Richtigkeit vorzüglich dazu beigetragen, die Zahl der Anhänger der im früheren Falle angenommenen Ansicht zu vermindern.

Für alle anderen Fälle des Raubes, in denen der in §. 412 Ziff. 1. 2 und 4 vorgesehene Erfolg unter den vorausgesetzten Umständen nicht eingetreten ist, und auch die besondere Bestimmung der Ziff. 3 nicht Platz greift, ist nach den klaren Worten des Gesetzes die allgemeine Strafdrohung der Ziff. 5 des §. 412, und keine andere, maßgebend, und nur wegen etwaiger besonderer Erschwerungsgründe findet nach Maßgabe der §. 414. 415 nöthigenfalls ein Uebergreifen auf die nächste höhere Klasse statt. [9])

Wenn bei einer in Bezug auf unsere Streitfrage allerdings etwas dunkeln und zweifelhaften Gesetzgebung [10]) einer von den beiden oben besprochenen Auswegen betreten werden muß (und dieß muß geschehen, sofern man nicht das unabweisliche Gebot einer vernunftgemäßen Gesetzesauslegung mißachten will), so wird gewiß jener oben empfohlene Ausweg entschieden den Vorzug verdienen.

6) Fragt man nun, wie sich hiernach das Verhältniß von Mord, Todtschlag und Raub nach unserem Strafgesetzbuch gestaltet, so ist die Antwort schon durch das oben Ziff. 2 Gesagte vorbereitet. Die Strafe des Mords ist, unter Voraussetzung von Vorbedacht und bestimmtem Vorsatz, nach §. 205 des Str.G.B. die Todesstrafe, die Strafe des Raubes mit blos vorsätzlicher Tödtung ist nach §. 412 1. ebenfalls die Todesstrafe. Eine schwerere Strafe als der Tod ist allerdings auf den vollendeten Mord nicht gesetzt (unser Strafgesetz schließt in §. 12 jede Schärfung der Todesstrafe aus), doch erscheint das Verbrechen des eigentlichen Mordes an sich und im Allgemeinen, als eine schwerere Unthat und die Strafdrohung ist gegenüber den mit Tödtung verbundenen Raubfällen insofern unstreitig eine schwerere, als nach Maßgabe der §. 112. 114 in Verbindung mit §. 204 des Str.G.B. im Falle des nicht beendigten Versuches Zuchthausstrafe bis zu fünfzehn Jahren und im Falle des beendigten Versuches Zuchthausstrafe von wenigstens zehn Jahren eintritt, während die Strafe des Raubes mit blos versuchter Tödtung nach §. 412 nicht soweit reicht, wenn nicht eine sehr schwere Körperverletzung (§. 225 Ziff. 1 oder 2) herbeigeführt worden ist oder etwa ein besonderer Erschwerungsgrund zu einer herbeigeführten schwereren Körperverletzung (§. 225 Ziff. 3) noch hinzukommt.

Während daher der Todschlag bei einem Raub in der Regel im Verbrechen des Raubes aufgeht, weil die vorsätzliche Tödtung bei dem Raub besonders vorgesehen und mit strengerer Strafe bedroht ist, als ein gewöhnlicher Todtschlag, ist dieses bei dem mit dem Raub verbundenen Mord, bei welchem als ein besonderer, die Schwere des Verbrechens sehr erhöhender Umstand, der Vorbedacht hinzutritt, nicht der Fall, weil das Verbrechen des Mordes seiner Natur nach ein schwereres und auch die gesetzliche Strafdrohung im Ganzen eine noch strengere ist. Diese Auffassung entspricht aber sowohl dem

[8]) Der bestimmte oder unbestimmte Vorsatz der Tödtung oder Körperverletzung wovon in Ziff. I. u. IV. des §. 412 die Rede ist, kommt nach den Worten des Gesetzes selbst nur in Beziehung auf einen eingetretenen tödtlichen oder verletzenden Erfolg, der dem Räuber zugerechnet werden soll, in Betracht. Anders können die Worte des Gesetzes nach unserem Dafürhalten gar nicht verstanden werden.

[9]) Die besondere Vorschrift des §. 413, wonach im Falle verübter körperlicher Mißhandlung die Strafe des vollendeten Raubes eintritt, obgleich die Entwendung nicht vollbracht wurde, bezieht sich nur darauf, daß der Raub in solchem Fall wie ein vollendeter Raub bestraft wird. Sie schlägt hier nicht an.

[10]) Die Motive der Regierung und die landständischen Commissionsberichte enthalten nichts Entscheidendes für die Lösung unserer Streitfrage.

richtigen Sinne des §. 182 als dem Inhalt des § 412 des Str.G.B., dessen Fassung („wenn die Mißhandlung ... zur Folge hatte") auch schon zu erkennen gibt, daß der Gesetzgebung hauptsächlich der Fall einer mit mehr oder weniger schlimmer Absicht vollführten Mißhandlung[11]) von tödtlicher Wirkung, nicht aber der Fall der Tödtung mit Vorbedacht vorschwebte, welcher weder besonders hervorgehoben, noch in einer entsprechenden Weise mit berücksichtigt erscheint.

7) Endlich ist auch noch auf einen schon gelegentlich erwähnten Gesichtspunkt hinzuweisen, der bei der stattfindenden Oeffentlichkeit und nach dem Grundcharakter des Schwurgerichts nicht gering zu achten ist, nämlich darauf, daß das allgemeine, wohlbegründete Rechtsbewußtsein die völlige Uebergehung oder nicht gehörige Hervorhebung des Mordes oder Mordversuches in dem Strafurtheil entschieden mißbilligen würde. Es soll nicht verkannt werden, daß darauf allein kein entscheidendes Gewicht gelegt werden dürfte, immerhin aber verdient auch dieser Punkt Beachtung, wie die Gegenansicht selbst, in dieser Richtung vom Pfade der strengen Consequenz abweichend, thatsächlich anerkannt hat.

Wenn der Schwurgerichtshof in jenem ersten Fall die Form gebrauchte: „schuldig des Raubes (der Verbindung zum Zweck des Raubes) mittelst Ermordung," so hat derselbe in der That obigem Gesichtspunkte in solchem Maße Rechnung getragen, daß der Unterschied der Form in Vergleichung mit dem späteren Urtheil ziemlich unwesentlich erscheint. [12])

Nach der Consequenz der betreffenden Ansicht hätte höchstens die vorsätzliche Tödtung, nach Maßgabe des Str.G.B. §. 412, erwähnt werden dürfen.

Aber auch die auf S. 414 a. a. O. dieser Blätter empfohlene Fassung „mittelst versuchter Tödtung" wäre nicht streng folgerichtig, insofern darin der Versuch der Tödtung gleichwie eines besonderen Verbrechens ausdrücklich hervorgehoben würde, was weder der sonst herrschenden Uebung hinsichtlich der Annahme einer höheren oder geringeren Strafabstufung [13]), noch dem Grundsatz, daß das Verbrechen lediglich als ein Raub zu behandeln sei, zu entsprechen scheint.

Eduard Brauer.

II.

1) Der Anspruch auf einen Nothdurftsgehalt ist auch dann ein Gegenstand des abgekürzten Verfahrens und insbesondere der abgekürzten, vor dem Amtsgerichte zu verhandelnden Berufung, wenn nicht blos ein einzelner Jahresbetrag, sondern das Recht selbst bestritten wird.

2) Wenn ein rechtskräftiges Urtheil das Anfangsziel der dem Berechtigten gebührenden Leistungen nicht festsetzt, und über diesen Termin auch in dem Rechtsstreite nicht verhandelt wurde, so darf der Berechtigte nachträglich eine Entscheidung hierüber begehren, und ist das Anfangsziel ohne Rücksicht auf das Urtheil nach den Verhältnissen des Falles festzusetzen.

Entscheidungsgründe
zu dem Erkenntniß des mittelrheinischen Hofgerichts vom 17. Oktober 1857.

In Erwägung, daß dem Einsprachsbeklagten Appellanten das unterrichterliche Erkenntniß am 5. August l. J. zugestellt wurde, die Berufungsanzeige aber erst am 25. deff. M. einkam;

In Erwägung, daß die Berufungsbeschwerdeschrift am 5 September l. J. dahier eingereicht wurde und mit diesseitiger Verfügung vom 18. deff. M., am 22. deff M. bei dem Unterrichter eintraf;

---

[11]) Für einen Angriff, der alle Merkmale eines eigentlichen Mords an sich trägt, würde der Ausdruck „Mißhandlung" wohl ziemlich ungeeignet klingen. Man vergleiche hierwegen §. 234 des St.G.B. und die ähnliche Fassung des § 233 Ziff. 3 des preußischen Gesetzbuchs, wo unzweifelhaft der Fall des Mordes (der gemäß §. 175 einer noch höheren Strafe unterliegt) nicht als miteingeschlossen angesehen werden kann.

[12]) Als ich die fragliche Fassung des früheren Urtheils zuerst verglich, schien es mir, bevor ich die Urtheilsgründe näher geprüft hatte, wirklich, als habe der Gerichtshof die andere Ansicht angenommen.

[13]) Beispiele: Die Abstufungen bei der Körperverletzung §. 225. 232 u. s. w. Man pflegt allgemein sich mit der Bezeichnung des Verbrechens als Körperverletzung und den Beisatz mit Vorbedacht oder im Affect zu begnügen. Höhere Strafabstufungen sind nicht mit Erschwerungsgründen zu verwechseln. Nach Maaßgabe jenes Vorschlages würde man mit gleichem Grund und Fug auch in geringeren Fällen des §. 412 sagen müssen: „mit versuchter Körperverletzung (von dieser oder jener Art) mit versuchter Anwendung von körperlicher Peinigung, Marter."

In Erwägung, daß demnach die Nothfrist zur Anzeige der Berufung sowohl für die abgekürzte als auch für die ordentliche Berufung versäumt ist. — Pr.O. §. 1141. 1184;

In Erwägung, daß die Nothfrist zur Beibringung der Berufungsbeschwerdeschrift ebenfalls versäumt ist, sofern ein Fall der abgekürzten Berufung vorliegt, und zwar selbst dann, wenn man ungeachtet der Vorschrift des §. 1186 Pr.O. den Tag der Uebergabe der Beschwerdeschrift bei diesseitigem Gerichtshofe für maßgebend ansehen könnte. Pr.O. §. 1184;

In Erwägung, daß die letztere Nothfrist bei Unterstellung der ordentlichen Berufung als eingehalten erscheint. Pr.O. §. 1148. 1149;

In Erwägung, daß demnach und im Hinblicke auf Pr.O. §. 1158 das Rechtsmittel in Bezug auf die Beobachtung der Fristen sich als zulässig darstellt, wenn die Vorschriften der ordentlichen Berufung Platz greifen, und als unzulässig, wenn jene der abgekürzten Berufung zur Anwendung kommen;

In Erwägung, daß aus einem doppelten Grunde ein Fall der abgekürzten Berufung vorliegt, da einmal das unterrichterliche Erkenntniß nach seinen Entscheidungsgründen und seinem Inhalt über den fraglichen Competenzanspruch nur einstweilig entscheidet, mithin gemäß §. 680. 1184. 1185 Z. 2 der Pr.O. die Sache sich zur abgekürzten vor dem Unterrichter zu verhandelnden Berufung eignet;

In Erwägung, daß aber auch die Rücksicht auf die Natur des Streitgegenstandes gemäß Pr.O. §. 642 Ziff. 2 und §. 1185 Ziff 3 zu dem gleichen Ergebniß führt, weil die von dem Einsprachskläger begehrte Competenz zufolge L.R.S. 1265 a ein Nothdurftsgehalt ist, welcher diesem zu seinem Unterhalte vergönnt werden soll, mithin eine Streitigkeit über Leistungen zu künftigem Unterhalt vorliegt;

In Erwägung, daß es dabei unerheblich ist, wenn der Einsprachsbeklagte nicht unmittelbar jene Leistungen entrichten, sondern nur die Verwendung eines Theiles der durch die Vollstreckung ergriffenen Lebeneinkünfte zu diesem Zwecke gestatten soll, weil der Streitgegenstand dennoch in dem Rechte des Klägers auf den Nothdurftsgehalt besteht;

In Erwägung, daß die Bestimmung des §. 642 Z. 2 Pr.O. sich nicht allein auf Streitigkeiten über einzelne Leistungen, sondern auch auf jene über das Unterhaltsrecht selbst bezieht, weil das Gesetz auch von künftigem Unterhalte spricht und nicht unterscheidet, aus welcher Ursache der Rechtsstreit entsteht, ob nämlich der Unterhaltsberechtigte zur Klage genöthigt ist, weil ihm das Recht selbst bestritten wird, oder weil er einzelne Leistungen flüssig machen will;

In Erwägung, daß mithin die Bekämpfung der rechtlichen Grundlage des klägerischen Anspruchs von Seiten des Einsprachsbeklagten nichts an der Sachlage ändert;

Aus diesen Gründen wurde die Berufung als unzulässig verworfen;

Jenes amtsgerichtliche Urtheil hatte dem Freiherrn Heinrich von R. aus den Einkünften seines Lehenvermögens einen jährlichen Competenzgehalt zuerkannt, ohne zu bestimmen, von welchem Zeitpunkte an ihm derselbe gebühre. Als nun der Rechtsstreit definitiv erledigt war, verlangte Freiherr Heinrich von R. den Competenzgehalt von der Zeit des Gerichtszugriffes an, während sein Gegner ihm solchen nur vom Eintritte der Rechtskraft des Urtheils an gewähren wollte. Das Amtsgericht ging von der Ansicht aus, daß bei dem Stillschweigen der früheren Klage unterstellt werden müsse, der Berechtigte begehre den Competenzgehalt von dem Augenblicke an, als er den Anspruch hierauf bei Gerichte erhob, und bestimmte demgemäß den Anfang des Competenzgehaltes auf den Tag der Klagereinreichung. Ueber diese Frage besagen nun die

Entscheidungsgründe

zum hofgerichtlichen Urtheile vom 30. Januar 1858.

Der beklagte Appellant beschwert sich mit Unrecht gegen die Bestimmung des unterrichterlichen Erkenntnisses, welche den Beginn des klägerischen Competenzgehalts auf den 24. Mai 1857 festsetzt. Denn in dem, durch das amtsgerichtliche Urtheil vom 14. Juli 1857 beendigten, Rechtsstreite war die Frage wegen des Anfangszieles dieses Gehalts gar nicht zur Sprache gekommen, und wie daher jenes Urtheil nicht darüber erkennen konnte (Pr.O. §. 329. 336), und auch nicht erkannt hat, so kann sich die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung nicht darauf erstrecken, welche sich nach L.R.S. 1351 immer auf das beschränkt, was Gegenstand des Streits war.

Daher muß es dem Kläger zustehen, auch über diesen Theil seines Rechts einen richterlichen Ausspruch herbeizuführen, und wenn er dieß unter der irrigen Bezeichnung

als Bitte um Ergänzung oder Erläuterung des früheren Urtheils that, so ist dieß für die Sache selbst gleichgültig.

Da der fragliche Nothdurftsgehalt eigentlich nur ein dem Gerichtszugriff nicht unterworfener Theil der Vermögenseinkünfte ist, so gebührt er dem Berechtigten von da an, wo ihm durch das Vollstreckungsverfahren der Genuß seines sämmtlichen Vermögens entzogen wird, mithin im vorliegenden Fall unzweifelhaft von einem früheren Zeitpunkte an, als dem im unterrichterlichen Urtheile festgesetzten, weßhalb der Kläger, nicht aber der beklagte Appellant, Grund gehabt hätte, hierwegen eine Beschwerde aufzustellen. L.R.S. 1265 a.

Unter diesen Umständen kommt auch nichts darauf an, daß der Kläger, wie die in II. Instanz neu vorgetragene Einrede geltend macht, von den auf Martini 1857 fällig gewordenen Lehenseinkünften verschiedene Beträge eingezogen haben soll, denn es fallen diese Bezüge, sofern sie wirklich statt hatten, auf den seit 24. Mai 1857 verfallenen Theil des Competenzgehalts und können so verrechnet werden, haben aber keinen Einfluß auf die Bestimmung des Anfangszieles selbst.

X.

III.

1) Dürfen die Ausnahmen des §. 456 Str.G.B. auf andere ähnliche Fälle ausgedehnt werden?
2) Wer ist im Sinne von §. 456 Str.G.B. Beschädigter und somit berechtigt, wegen eines Betrugs in Vertragsverhältnissen die zur Untersuchung erforderliche Anzeige zu machen?
3) In welchen Fällen hat der Beschädigte, welcher sich der Untersuchung angeschlossen hat, das Recht des Rekurses?

Annalen XXIV. S. 247.

Ein standesherrlicher Rentamtmann hatte unter Anderm auch den Einzug des Erlöses von verkauftem Holz für seine Dienstherrschaft zu besorgen, und stand so in langjährigen Geschäftsverbindungen mit dem Handlungshause G. und W. Da hierbei außerordentlich große Summen umgesetzt wurden, so verfiel das Handlungshaus wegen eines verhältnißmäßig kleinen Postens in den Irrthum, daß es denselben noch nicht bezahlt habe, was der Rentamtmann wider besseres Wissen benützte, um das Handlungshaus zur nochmaligen Zahlung zu verleiten; diese trug er aber nicht in seine Bücher ein, sondern behielt das Geld für sich. Bei Gelegenheit einer Untersuchung gegen den Rentamtmann wegen Veruntreuungen kam auch dieser Punkt zur Sprache und wurde als Betrug im Sinne von Str.G.B. §. 451 aufgefaßt. Da jedoch weder die Standesherrschaft noch das Handlungshaus hierwegen Anzeige zum Zwecke der Untersuchung gemacht hatten, und unzweifelhaft ein Betrug in Vertragsverhältnissen vorlag, so sprach das mittelrheinische Hofgericht durch Erkenntniß vom 29. Dezember 1855 aus, daß die Untersuchung in diesem Punkte wegen mangelnder Anzeige aufzuheben sei.

Der Referent hatte zwar geltend gemacht, daß nach §. 456 Str.G.B. hier eine Anzeige deßhalb nicht nöthig sei, weil der Betrug bei Ausübung des Dienstes verübt worden sei, was der Begehung bei Ausübung eines Gewerbes ganz gleichstehe (vrgl. die Note in Thilo §. 457), allein der Gerichtshof hielt sich an den Wortlaut des Gesetzes, weil es sich um eine stets streng zu interpretirende Ausnahme handle, und das Strafgesetz überhaupt keine analoge Ausdehnung zulasse.

Nunmehr leistete die Standesherrschaft dem Handlungshause vollen Ersatz und machte mit der Behauptung, daß sie der eigentliche Beschädigte sei, Anzeige bei dem Untersuchungsrichter, welcher auch darauf einging und die Akten wiederum zur Urtheilsfällung vorlegte, worauf jedoch der Gerichtshof unterm 10. Mai 1856 erkannte:

In Erwägung, daß die Standesherrschaft, obwohl sie sich verpflichtet fühlte, den durch die That des Angeschuldigten, als eines ihrer Beamten, der Handlung G. u. W. verursachten Schaden zu ersetzen, dennoch nicht berechtigt ist, die strafgerichtliche Verfolgung des Angeschuldigten wegen dieser That zu begehren;

In Erwägung nämlich, daß hier kein Fall vorliegt, in welchem zufolge §. 73 und 74 der Str.Pr.O. Jeder, wäre er auch ganz unbetheiligt, durch eine Anzeige des Vergehens das Einschreiten des Untersuchungsrichters veranlassen, und sofern er wegen erlittenen Schadens ein rechtliches Interesse hat, überdies gemäß Str.Pr.O. §. 328 und §. 27 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 bei einer Weigerung dieses Richters die Entscheidung des Hofgerichts über die Einleitung einer Untersuchung verlangen darf;

In Erwägung, daß es sich vielmehr um einen Betrug

in Vertragsverhältnissen handelt, bei welchem Vergehen nach dem in unserm Strafgesetze oben anstehenden Grundsatz die Staatsgewalt sich nicht ohne Noth in Vertrags- und Familienverhältnisse einmischen soll (Thilo Note zu §. 457) und deßhalb durch §. 456 Str.G.B. abgesehen von gewissen, streng auszulegenden und daher hier nicht als vorhanden anzunehmenden Ausnahmen, die Strafverfolgung dahin beschränkt ist, daß sie nur in Folge der Anzeige des Betrogenen eintreten darf;

In Erwägung, daß der Angeschuldigte lediglich die Handlung G. und W. auf eine, allerdings unter St.G.B. §. 450. 451. 452 fallende Art zu einer ihr Vermögen beschädigenden Handlung, nämlich zur Bezahlung eines nicht schuldigen Betrags verleitet hat, mithin ungeachtet des dabei vom Angeschuldigten begangenen Mißbrauchs seiner dienstlichen Stellung nur dies Handlungshaus als der Betrogene erscheint, indem der Angeschuldigte dadurch, daß er diese Zahlung nicht buchte, seiner Dienstherrschaft nichts entzog, was ihr rechtlich gebührte, und der Umstand, daß er sie einem Ersatzanspruche aussetzte, sie nicht zu dem unmittelbar Betrogenen, sondern nur zu dem mittelbar Beschädigten macht, was aber nach dem Obigen hier nicht genügt;

Aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Str.Pr.O. §. 355 wird erkannt, daß wegen Mangels der Anzeige kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden und der Angeschuldigte von den Kosten des Strafverfahrens freizusprechen sei. —

Ueber den Entschädigungsanspruch der Standesherrschaft an den Angeschuldigten ging man ganz mit Stillschweigen hinweg, weil durch den Mangel der Anzeige die Competenz der Strafgerichte ganz aufgehoben sei, sie daher sich lediglich auf den Ausspruch der Incompetenz zu beschränken hätten.

Die Standesherrschaft führte gegen dies Erkenntniß den Rekurs aus, aber das großh. Oberhofgericht verwarf solchen durch Erkenntniß vom 5. September 1856 als unzulässig aus folgenden Gründen:

Die Standesherrschaft, welche sich zwar als angeblich Beschädigte dem Strafverfahren angeschlossen hat, aber nicht in gesetzlich zulässiger Weise als Anklägerin aufgetreten ist (§§. 238. 279. 315 Str.G.B.), hat den hofgerichtlichen Beschluß im Wege des Rekurses angefochten. Dieses Rechtsmittel erscheint jedoch als unstatthaft.

Es ist nemlich nach dem durch § 27 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 in Wirksamkeit getretenen Tit. XXII. der St.Pr.O., insbesondere durch dessen §. 338 Z. 2 dem Beschädigten, welcher sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, ohne in zulässiger Weise als Ankläger aufgetreten zu sein, das Rechtsmittel des Rekurses nur gegen das die Entschädigung betreffende Erkenntniß gestattet; da nun der hofgerichtliche Beschluß vom 10. Mai kein Erkenntniß über die Entschädigung enthält, vielmehr nur ausspricht, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten vorhanden sei, so stellt sich der vorliegende Rekurs als unzulässig dar.

X.

IV.

1) Kann die mit einem Handzeichen statt Unterschrift versehene Urkunde als Anfang des schriftlichen Beweises gelten?

2) Ueber Aufrechnung einer Zahlung.

Entscheidungsgründe

zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 3. Oktober 1857.

Huber gegen Treter.

Was zunächst die Frage betrifft, ob die vom Kläger behauptete Verbürgung des Rechtsvorfahren der Beklagten erwiesen ist, so muß man zwar nach der richtigen Ansicht allerdings annehmen, daß die Unterzeichnung einer Privaturkunde mit einem Kreuze nicht geeignet ist, die in L.R.S. 1322 geforderte Unterschrift darzustellen, weil ein solches Kreuz keine Unterschrift ist *), dagegen kann eine solche unvollständige Urkunde immerhin unter Umständen den Anfang des schriftlichen Beweises bilden. Hiezu genügt nämlich zufolge L.R.S. 1347 jede Schrift, welche von dem Gegner oder dessen Rechtsvorfahren herrührt, und es ist somit die Unterschrift durchaus nicht nothwendig. Nun haben zwei Zeugen übereinstimmend versichert, daß der beklagte Erblasser das Kreuz unter die Urkunde vom 8. März 1836 gesetzt habe, weil er sich für die darin erwähnte Schuld verbürgt habe, und die Urkunde bezeichnet schon in dem Eingange und wieder am Ende den beklag-

*) Damit ist die frühere Ansicht des mittelrheinischen Hofgerichts (mitgetheilt und bekämpft Annalen XXIII. S. 61) verlassen.

D. K.

ten Erblasser als Bürgen, sowie sich bei dessen Kreuz noch die Worte „Bürg und Selbstzahler" befinden. Kann man nun auch nicht sagen, daß der Hauptinhalt der Urkunde von dem beklagten Erblasser herrühre, so müssen doch die hervorgehobenen Worte auf sein Verlangen geschrieben worden sein, bilden also mit dem von ihm zum Beweise der Genehmigung beigesetzten Kreuze ein Ganzes, und sind so anzusehen, als ob sie von ihm herrühren, weßhalb sie den Anfang des schriftlichen Beweises bilden, da sie in Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Urkunde die Bürgschaftsübernahme wahrscheinlich machen. *)

Dadurch ist also dem Zeugenbeweise Eingang verschafft und durch die auch die Bürgschaftsübernahme selbst bestätigenden Aussagen der beiden Zeugen ist diese vollkommen bewiesen, so daß es nicht mehr auf das Handgelübde ankommt.

Die Beklagten, als Erben des Bürgen, müssen demnach für die ganze Schuld einstehen, soweit solche nicht bezahlt ist. Wenn sie daher unter Berufung auf die in der Klage über theilweise Zahlung vorgetragenen Umstände eine weiter gehende Tilgung behaupten, so ist in Wahrheit doch nur die Einrede der Zahlung vorgeschützt. Diese Zahlung erfolgte aber oder erfolgt noch von dem Steigerer der Liegenschaften des Hauptschuldners nach Maßgabe der Verweisung, und letztere lautet dahin, daß die klägerischen Forderungen für das hier in Frage stehende und ein anderes Darleihen sowie für Zinsen und Kosten zusammen auf 276 fl 9 kr berechnet werden, hierauf von dem Steigschilling die Summe von 208 fl. 33 kr. verwiesen und ein Verlust von 67 fl. 36 kr. constatirt wird. Nach der Verweisung bezieht sich mithin die Zahlung auf den Gesammtbetrag aller klägerischen Forderungen, und um zu ermessen, wie viel davon auf die einzelnen Posten fällt, bleibt nichts anderes übrig, als das mathematische Verhältniß, welches dahin führt, ¼ der Zahlung auf die hier fragliche, und ¾ auf die andere Forderung aufzurechnen, und dieß gibt beiläufig dasselbe Ergebniß, wie der Anspruch des Klägers von ¼ seines Verlustes.

Da die Verweisung unangefochten zu Recht besteht, so dürfen die Beklagten in ihrer Einrede nicht davon abweichen, und müssen sich jenes Resultat gefallen lassen.

Deßhalb ist auch die Berufung auf L.R.S. 1256. 1256 a unstatthaft, weil dort nur von unbestimmt geschehenen Zahlungen die Rede ist, hier aber gewiß ist, daß die Zahlung auf den Gesammtbetrag aller Schulden geschah.

Wenn in dem ersten Klaggesuche 54 fl. 36 kr. gefordert sind, und dieß später auf 54 fl. 8 kr. ermäßigt, so ist Beides irrig berechnet, da ¼ des klägerischen Verlustes nur 54 fl. 5 kr. betragen. Die nach der Einlassung der Beklagten erst begehrten Zinsen können nicht zuerkannt werden, weil in diesem nachgeschobenen Anspruche eine unerlaubte Klageänderung liegt.

Aus diesen Gründen ꝛc.

*) Anders wurde von den belgischen und französischen Gerichtshöfen entschieden. Gilbert Note 44 zu Art. 1347. Weitere Literatur siehe in Kah S. 428 zu L.R.S. 1322, wo übrigens Zachariä IV. §. 752 Note 3 mit Unrecht als Gegner angeführt ist, da in jener Stelle das Wörtchen „sogar" zu einer anderen Auslegung berechtigt. D. E.

V.

Zur Auslegung des L.R.S. 674.

Um die Errichtung von Werken, welche bei den im L.R.S. 674 erwähnten Bauanlagen nöthig sind, damit der Nachbar keinen Schaden leide, verlangen zu können, ist keineswegs ein schon entstandener Schaden erforderlich, da bei einer solchen beschränkenden Auslegung der Zweck des Gesetzes in den meisten Fällen geradezu vereitelt würde; es genügt daher, wenn die Sachverständigen mit Bestimmtheit aussprechen, daß ohne die Schutzanstalt ein Schaden, wenn auch nur nach und nach, eintreten werde. Oberhofgerichtl. Präjudiz in S. Reuer gegen Tränkle. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 9.

I.

Rechtsfall

aus der Lehre von dem Amtsmißbrauche und der Bestechung, namentlich darüber, in wiefern sich ein Notar dieser Vergehen schuldig machen kann.

Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Urtheile vom 22. Juni 1857.

N. N., 54 Jahre alt und dermalen Notar zu N. N., wurde auf die Anzeige des A. D. von M., daß er sich verschiedene Dienstvergehen habe zu Schulden kommen lassen, und auf die hierauf gepflogene dienstpolizeiliche Untersuchung durch Erlaß großherzoglichen Justizministeriums vom 5. März dieses Jahrs, No. 1714, mit der Anschuldigung, daß er bei den hier näher bezeichneten Dienstgeschäften wegen vorzunehmender oder schon vollzogener Amtshandlungen Geschenke oder Anerbietungen solcher angenommen oder Betheiligte mit Mißbrauch seiner amtlichen Stellung zur Gewährung ihm nicht gebührender Vortheile genöthigt habe, vor Gericht gestellt. Schon diese nach Einf.Ges. §. 9 und nach der allerhöchsten Entschließung vom 11. Januar 1856 für nothwendig erachtete Anordnung des großh. Justizministeriums, der obersten Dienstbehörde für Distriktsnotare, bezeichnet die Eigenschaft des Angeschuldigten als die eines öffentlichen Dieners; derselbe gehört zwar nicht zu den mit landesherrlichem Patent angestellten Staatsdienern, wohl aber zu den in Str.G.B. §. 657 erwähnten, von der zuständigen Behörde bestellten Stellvertretern und Gehülfen von Staatsdienern, nämlich des Amtsrevisors oder Bezirksnotars, den er nach §. 1 der V.V.O. vom 25. November 1841 zur Besorgung gewisser rechtspolizeilicher Geschäfte beigegeben ist. Es geht auch aus dem ganzen Inhalte sowohl dieser Verordnung als der Instruktion vom 4. Januar 1842 hervor, daß die Distriktsnotare, mögen sie schon kraft ihrer Bestellung als solche oder erst zufolge eines ihnen vom Amtsrevisor gegebenen Auftrags Geschäfte vornehmen, immerhin unter dessen Aufsicht und theilweise Mitwirkung handeln und insofern als dessen Gehülfen im weiteren Sinne des Wortes erscheinen. Können sie auch nach § 30 der Verordnung vom 25. November 1841 jeder Zeit ihrer Funktionen enthoben werden, so fallen sie damit noch nicht in die Klasse derjenigen Diener, welche kein ständiges Amt bekleiden, weil ihre Dienststellung im Allgemeinen als eine ständige, nicht blos auf unbestimmte oder bestimmte Zeit beschränkt erscheint und ihnen durch Entfernung von jenen besondern Funktionen ihre Eigenschaft als öffentliche Diener nicht entzogen wird, sie vielmehr Theilungscommissäre bleiben und nur auf dem in §§. 32 ff. vorgeschriebenen Wege aus der Reihe der öffentlichen Diener entfernt werden können.

Aus dem Sinne und Wortlaute der gedachten Entschließung großh. Justizministeriums geht auch hervor, daß der Angeschuldigte nicht etwa blos wegen bestimmter Vergehen, insbesondere wegen Bestechung oder unerlaubter Geschenkannahme oder wegen Amtsmißbrauchs lediglich aus Eigennutz, vielmehr wegen seines ganzen dienstwidrigen Verhaltens bei Vornahme gewisser Dienstgeschäfte vor Gericht gestellt werden wollte; nach damaliger Lage der Sache war auch die sichere Bezeichnung des Thatbestandes eines gewissen Verbrechens unthunlich und es konnte hiebei der nothwendig eintretenden richterlichen Prüfung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Handlungen nicht vorgegriffen werden.

Dagegen versteht es sich von selbst, daß die richterliche Thätigkeit sich nicht auf weitere Dienstgeschäfte, beziehungsweise Dienstwidrigkeiten des Angeschuldigten erstrecken darf, als diejenigen, wegen welcher er gerichtlich abgeurtheilt werden soll.

Als solche sind nun folgende genannt:

1) Die Stellung der Pflegerechnung für Anna Maria B. von M.

Diese minderjährige Tochter des verstorbenen Joh. Adam B. stand unter der gesetzlichen Vormundschaft ihrer Mutter Maria Anna geb. B. und deren zweiten Ehemannes Jakob D., auf dessen Gütern das vorgeschriebene Unterpfandsrecht für das Vermögen seines Mündels im ungefähren Betrage von 3680 fl. vorgemerkt war. Als derselbe sich im Frühjahr 1854 wegen seiner ungünstigen Vermögensverhältnisse und zur Bereinigung seiner nicht unbeträchtlichen Schulden veranlaßt sah, eine neue Obligation aufzunehmen, und hiezu des Strichs jenes Eintrags bedurfte, trat an seine Stelle der Bruder der Minderjährigen, Adrian B., als Vormund ein und wurde die Pflegrechnung für sie gestellt. Zur Vornahme dieses Geschäftes hatte der Angeschuldigte Anfangs April j. J. von großh. Amtsrevisorat die Ermächtigung erbeten und wirklich erhalten.

Demgemäß war es seine besondere Pflicht, zumal er als Beauftragter des zugleich die Vormundschaftsbehörde vertretenden Amtsrevisors handelte, das Geschäft nicht nur nach Form und Inhalt richtig zu besorgen, sondern dabei auch das Beste des Mündels umsichtig und parteilos zu wahren. Wie wenig er aber bemüht war, dieser Pflicht nachzukommen, zeigt schon die von ihm gestellte Pflegrechnung selbst und wird eine schwere Verletzung seiner Pflichten noch durch die Aussagen der hier Betheiligten und des Zeugen W. Büttner, sowie durch sein eigenes Geständniß hergestellt. Hiernach steht nämlich fest, daß der bisherige Mitvormund Jakob D. aus seiner Pflegschaft für die Zeit vom April 1843 bis Juni 1854 einen Receß von 883 fl. 6 kr. hatte, da um diesen Betrag die Einnahmen die von ihm nachgewiesenen Ausgaben überschritten und es somit klar ward, daß er jene Summe entweder in eigenen Nutzen verwendet oder sonst verschleudert hätte. Um nun diesen von dem Geschäftsfertiger nicht genauer untersuchten Receß zu decken, und zugleich zu verbergen, wurde an dem nämlichen Tage, als die Eröffnung der Pflegrechnung erfolgte (24. Juni 1854) eine der Jakob D.'schen Ehefrau zustehende Forderung von 920 fl. an Fr. Lichtenfels jun., an welcher jedoch dem Schuldner nebst seinem Vater noch die Nutznießung zustand, unter Bürgschaft und Selbstschuldnerschaft der Jakob D. Eheleute für Hauptstuhl und Zinsen der M. A. B., beziehungsweise ihrem neuen Vormunde abgetreten und als gesichertes neu angelegtes Capital in die Pflegrechnung aufgenommen. Von Anfang an erscheint dieses Verfahren des Angeschuldigten als durchaus ungesetzlich und pflichtvergessen. Mochte er es auch aus Schonung für den nachlässigen oder treulosen bisherigen Vormund unterlassen, bei der Vormundschaftsbehörde oder bei Gericht darauf anzutragen, daß dessen Vermögensverwaltung untersucht und er geeigneten Falls zur Strafe gezogen werde, so war es doch seine erste Pflicht, den wahren Sachverhalt offen und klar darzustellen, statt den wirklich vorhandenen Passivreceß des Vormunds durch willkührliche Aufnahme einer in der That nicht geschehenen Kapitalanlage in das Vermögensverzeichniß noch in ein Guthaben des abgehenden Vormundes von 36 fl. 54 kr. umzuwandeln und damit das eigentliche Ergebniß der Pflegrechnung zu entstellen.

Nebstdem wäre er berufen gewesen, auf sofortige Deckung und Sicherstellung der M. A. B. zu dringen und das von J. D. angebotene Mittel erst dann anzunehmen, wenn es nach umsichtiger und gewissenhafter Erforschung der obwaltenden Verhältnisse auch als dazu vollkommen geeignet betrachtet werden konnte; so aber war es, abgesehen davon, ob die Forderung an Fr. Lichtenfels jun. sicher stand, schon zum Voraus gewiß, daß von ihm wegen der ihm und seinem Vater gebührenden Nutznießung weder an Kapital noch an Zinsen etwas verlangt werden konnte, und mußte der mit den Vermögensverhältnissen der J. D. Eheleute wohl bekannte Angeschuldigte es recht gut einsehen, daß die von ihnen hiefür übernommene Bürgschaft keine genügende Gewähr bot.

Allein damit nicht zufrieden versäumte er es noch, für Eröffnung des geschehenen Uebergangs der Forderung an den Schuldner Sorge zu tragen, weßhalb es auch in der Folge möglich war, daß die J. D. Eheleute dieselbe Forderung an einen Dritten abtraten und daß die M. A. B. für jenen Receß bis jetzt noch keine Befriedigung erhielt. Wenn der Angeschuldigte sich hierwegen damit zu entschuldigen sucht, daß ihm jene Vorsicht deßhalb weder geboten noch thunlich schien, weil der neue Pfleger A. B. mit dieser Deckung nicht zufrieden und weil es im Hinblick auf die B.J. §. 4 d noch ungewiß war, ob sie das großh. Amtsrevisorat genehmigen werde (welche Genehmigung später mit Recht versagt worden ist), so muß dieses Vorgeben als unerheblich betrachtet werden, weil wenigstens zur Vorsorge die Eröffnung an den Schuldner hätte geschehen sollen; es geht hieraus ganz deutlich hervor, nicht

nur, wie auch A. B. versichert, daß über diesen Vorgang, womit nach Inhalt des Geschäfts alle Betheiligte zufrieden gewesen sein sollen, eine unrichtige Beurkundung Statt fand, sondern auch, daß dabei der Angeschuldigte absichtlich und wider besseres Wissen handelte. Dies that er nach seinem eigenen Geständnisse noch weiter damit, daß er dem A. B. die Gutheißung der Cession anrieth, und daß er ihm sogar, was seines Läugnens ungeachtet nach dem Zeugnisse des W. Büttner und A. B. doch anzunehmen ist, zusprach, die dem J. D. wünschenswerthe Strichbewilligung bezüglich des gesetzlichen Unterpfandsrechts der M. A. B. zu ertheilen, wodurch ihr alle Aussicht auf Befriedigung genommen worden wäre. Wäre A. B. von selbst hiezu geneigt gewesen, so hätte ihn der Angeschuldigte unter Hinweisung auf seine Pflicht und auf die damit verbundene Gefahr eines Verlustes davon abhalten sollen; demungeachtet erlaubte er sich gerade das Gegentheil hievon, indem er noch, dem J. D. in seinem ungerechten Verlangen beistehend, in seinen Aeußerungen durchleuchten ließ, als könne letzterer im Wege der Beschwerdeführung bei Amt eine vortheilhafte Entscheidung erzielen.

Bei so auffallenden und schweren Pflichtverletzungen des Angeschuldigten, womit er die J. D. Eheleute zum Nachtheile der M. A. B. bei Stellung der Pflegrechnung zu begünstigen suchte und wirklich begünstigte, liegt die gegen ihn angezeigte Annahme, daß er dazu nur durch Geschenke von Seite der Bevortheilten gegenüber der übervortheilten Pflegtochter bewogen werden konnte, sehr nahe; jene haben in der That auch versichert, daß sie, zur Erreichung eines ihnen so günstigen Ergebnisses ein solch verwerfliches Mittel angewandt hätten.

Bei einem öffentlichen Diener, dem auf Grund mehrjähriger und unter steter Aufsicht seiner Vorgesetzten treu geleisteter Dienste der Ruf eines makellosen und tüchtigen Mannes zur Seite steht, ist freilich eine derartige Unterstellung nur schwer und erst auf die dringendsten Inzichten hin zuläßig; allein der Angeschuldigte kann in diese Classe der ganz verdachtlosen Diener nicht gerechnet werden, denn abgesehen davon, daß nur seine Arbeiten an den ihm unmittelbar Vorgesetzten zur näheren Prüfung gelangen, sein übriges Verhalten aber diesem bei der Ortsentfernung mehr oder weniger unbekannt bleibt, und daß nach der Erfahrung nicht immer schon die erste Unregelmäßigkeit eines öffentlichen Dieners angezeigt wird, kömmt in Betracht, daß der Angeschuldigte sich wegen verschiedener Dienstwidrigkeiten schon mehrmals Rügen zugezogen hat. Beruhten die ersteren gerade auch nicht auf Eigennutz, so waren sie doch eines öffentlichen Dieners unwürdig und zeigten theilweise, wie der Angeschuldigte seine Stellung gegenüber den mit ihm verkehrenden Personen gänzlich mißkannte.

Dagegen schildern ihn die J. D. Eheleute als einen schmutzigen und leicht bestechlichen Menschen, wofür er bekannt, und hat das Ergebniß der Untersuchung hergestellt, daß dieser schwere Vorwurf ihn nicht mit Unrecht trifft.

x. x.

Kann hiernach der Thatbestand des in St.G.B. §. 665 bezeichneten Verbrechens nicht mit Bestimmtheit angenommen werden, so ist doch unzweifelhaft derjenige des in §. 659 erwähnten A m t s m i ß b r a u c h s vorhanden, dessen einzelne Merkmale sich aus dem Geschäfte selbst sowie aus den damit in Verbindung stehenden Zeugenaussagen und aus den eigenen Angaben des Angeschuldigten ergeben. Eine widerrechtliche Benachtheiligung der M. A. B. liegt offen vor, wenn durch vorschriftswidrige und die wahre Lage entstellende Aufnahme eines nicht zu erhebenden und ungesicherten Ausstandes in die Zahl der neu angelegten Capitalien ihr noch die Zahlung eines Guthabens von 36 fl. 54 kr. an den abgehenden Vormund auferlegt, statt eine strengstens beizutreibende Recessforderung von 883 fl. 6 kr. an diesen zugewiesen wird; dies konnte nur durch die Thätigkeit des Angeschuldigten geschehen, welcher einseitig das Interesse des J. D. vertrat und, statt beide Theile gleichmäßig nach dem Gesetze und nach den bestehenden Verordnungen zu behandeln, auch das Beste des Mündels zu wahren, zu deren Gefahr und Schaden aus P a r t e i l i c h k e i t gegen sie und für J. D. nicht nur das Geschäft so, wie geschehen, fertigte, sondern sogar jener noch jede Sicherheit zu ihrer einstmaligen Befriedigung zu entziehen suchte. Mit Rücksicht auf seine Stellung gegenüber diesen weniger gesetzeskundigen Personen m i ß b r a u c h t e er somit aus P a r t e i l i c h k e i t sein Amt und trifft ihn hierwegen die Strafe der D i e n s t e n t l a s s u n g.

2) D i e T h e i l u n g d e r V e r l a s s e n s c h a f t d e s D a n i e l B von M.

Derselbe starb am 6. September 1851 und hinterließ nur eine Wittwe Elisabetha geb. Woll nebst einem Vermögen von etwa 24,000 fl., wovon auf seine Erben ungefähr 10,200 fl., auf seine Wittwe aber beiläufig 12,600 fl. kamen; letztere behielt aber an jenem Theil die lebenslängliche Nutznießung im Stücke und waren nun

die ehemännlichen Erben, welche die sofortige Ausfolgung ihres Betreffnisses wünschten, bemüht, ihr solche zu entziehen.

Durch Gesetz und besondern Ehevertrag war sie jedoch in deren Bezug geschützt; eine Abänderung hievon war jenen nur durch die Gewinnung des Geschäftsfertigers, des Angeschuldigten möglich, er auch vermöge seiner überlegenen Gesetzeskunde allein in der Lage, durch falsche Vorspiegelungen und sonstige unerlaubte Mittel das von den Erben erstrebte Ziel zu bewerkstelligen. Daß ihm solch ungebührliche Zumuthungen gemacht worden, bestreitet er selbst nicht; nur will er darauf nicht eingegangen sein trotz des ihm gegebenen Versprechens einer Belohnung hiefür. Indeß versichert die D. Ehefrau, daß ihr jetzt verstorbener Vater Altvogt B., einer der Erben, ihr mittheilte, wie er dem Angeschuldigten einen Kronenthaler gegeben habe, um der Wittwe die Nutznießung zu entziehen, und sie aufforderte, das Gleiche zu thun. Als nun der Angeschuldigte bald nachher in ihre Wirthschaft gekommen sei, habe sie ihm eine Flasche Wein hingestellt, mit ihm über diese Angelegenheit gesprochen und ihm einen Kronenthaler in die Hand gedrückt, den er auch einsteckte.

Einer besondern Bitte, sie dafür in ihrer Bemühung gegen die Wittwe zu unterstützen, bedurfte es im Hinblick auf den frühern gleichen Schritt ihres Vaters und auf die eben gepflogene Besprechung nicht, und konnte unter solchen Umständen dem Angeschuldigten der Zweck der Geberin nicht zweifelhaft bleiben. Läugnet nun auch der Angeschuldigte diese Geschenkannahme, und wird sie auch von dem damals anwesenden Rathsdiener, welcher übrigens offenbar von einer ganz andern Begegnung spricht, nicht bestätigt, so gewinnt doch die Aussage der letztern wesentlich an Stärke, da Adelan B. und Franz Peter B. gleiche Aeußerungen von Altvogt B. vernahmen, ohne jedoch dessen Zuflüsterungen weitere Folge zu geben, so daß es mindestens nicht unwahrscheinlich ist, daß dieser jenes verwerfliche Mittel gegenüber dem Angeschuldigten angewendet hat.

Dazu kömmt aber dessen nachgefolgte Thätigkeit gegenüber der Wittwe, welche auf ihren Eid hin behauptet, daß derselbe die Zumuthung ihrer Gegner, auf die Nutznießung zu verzichten, unterstützt habe, ohne sie dazu eigentlich zu drängen. Hat nun auch sie darin nichts Unrechtes erblickt, so fällt es doch auf, wie der Angeschuldigte Angesichts des klaren Rechtes der Wittwe sich dazu verstehen mochte, überhaupt auf die Vorschläge der Erben einzugehen und sie bei jener zu bevorworten, statt sie mit Bezug auf das Gesetz sofort zurückzuweisen, zumal ihm hiefür noch eine Belohnung in Aussicht gestellt ward.

Dieses Schuldbewußtsein zeigt sich auch deutlich in seiner Rechtfertigung, indem er, im Widerspruch mit der ihm sonst günstigen Wittwe, nicht weiter gegangen sein will, als ihr zugesprochen zu haben, die Sache mit den Erben in's Reine zu setzen, wozu er doch gewiß berechtigt gewesen sei. Indeß kömmt es zur Herstellung des Begriffs des Verbrechens nicht darauf an, ob der öffentliche Diener auch wirklich eine dem Wunsche des Bestechenden entsprechende Handlung vorgenommen hat oder nicht; es genügt vielmehr hiezu schon die Thatsache, daß er wegen einer vorzunehmenden Amtshandlung Geld oder andere Vermögensvortheile zum Geschenk annimmt oder zur Annahme derselben sich bereit gezeigt hat, und dient jenes verdächtige Auftreten des Angeschuldigten vielmehr nur dazu, um die Angabe der J. D. Frau, welche noch durch die des Adr. und Franz Peter B. unterstützt ist, vollständig zu bewahrheiten. Er war auch, wie bemerkt, in der Lage, bei Auseinandersetzung der Verlassenschaft die Erben gegenüber der Wittwe zu begünstigen und hat er unter diesen Verhältnissen von der J. D. Frau mit Bezug auf die bevorstehende Geschäftsfertigung einen Kronenthaler angenommen, wie nach seiner Persönlichkeit nicht mehr zu zweifeln ist, so machte er sich dadurch des in Str.G.B. §. 662 bezeichneten Vergehens der B e s t e c h u n g schuldig. rc. rc.

Was endlich die gegen ihn auszusprechende Strafe betrifft, so ist schon oben nachgewiesen, daß er, als Notar, zu denjenigen öffentlichen Dienern gehört, welche ein ständiges Amt bekleiden, und kömmt deßhalb die Bestimmung des Str.G.B. §. 704 bei ihm nicht zur Anwendung. Wegen des Amtsmißbrauchs kann hiernach nur die Strafe der Dienstentlassung gegen ihn erkannt werden, welcher aber wegen der beiden Bestechungen noch eine Kreisgefängniß- oder Geldstrafe beigefügt werden muß.

Erwägt man nun, welche Stellung der Angeschuldigte bisher eingenommen hat; wie deutlich er sich der Strafbarkeit seiner Handlungen bewußt sein konnte und mußte, daß er — wenn er vielleicht auch nicht selbst die Bestechenden durch sein Verhalten zu der unrechten That verleitete, ihnen doch keinerlei Widerstand entgegensetzte, vielmehr sofort auf ihre unehrlichen Zumuthungen einging, und daß er dieß m e h r m a l s sich erlaubte, so erscheint seine Vergehung so schwer, daß nur eine Geldstrafe nicht

als genügende Sühne dafür betrachtet werden könnte. Anderseits ist aber in gewissem Grade auch der verhältnißmäßig geringe Betrag der in Empfang genommenen Geschenke und der Umstand, daß durch seine pflichtwidrigen Handlungen, beziehungsweise Unterlassungen den zu benachtheiligenden Personen ein wirklicher Schaden nicht entstand, von strafminderndem Einflusse.

Aus diesen Gründen, sowie nach Ansicht des St.G.B. §§. 149 150. 151 Ziff. 1. 3. 169. 171. 176. 670, Einf.Ges. §§. 34 Ziff. 1. 35. 104. 107 und Str.Pr.O. §. 355 wegen der Kosten, wurde, wie geschehen, erkannt.

Recursvernehmlassung und Anschließung des großh. Staatsanwalts.

x. x.

Zu 1.) Die Stellung der Pflegrechnung für A. M. B. von M. betr.

ist die Behauptung aufgestellt, daß der von großh. Hofgerichte angenommene Amtsmißbrauch nicht vorliege, weil der Angeschuldigte bei jener Rechnungsstellung gar nicht in seinem Amte gehandelt, sondern nur für den rechnungspflichtigen Vormund als dessen Mandatar und „Werkzeug" mithin als Privatmann thätig gewesen sei.

Daß der Angeschuldigte sich in Folge unlauterer Motive herbeiließ, für die gefährdevollen Absichten des Vormundes und seiner Frau das dienstwillige Werkzeug abzugeben, wird man gern einräumen, aber ebenso klar ist es auch, daß er dabei als öffentlicher Diener in amtlicher Eigenschaft gehandelt hat. Denn spricht §. 21 des II. Einf.Ed. zu dem Landrechte schon davon, daß den Amtsrevisoraten die Einforderung der Vormundschaftsrechnungen und deren Abhör obliegt, so wird dies durch das wenige Tage vorher ergangene und nach §. 2 des II. Einf.Ed. zum Landrecht in dieser Beziehung giltige Organisationsedikt vom 26. November 1809 Beil. C §. 39 dahin erläutert, daß diese Rechnungen von den Amtsrevisoratsassistenten (später Theilungscommissäre, jetzt Notare) zu stellen sind, soweit der Rechner sie nicht selbst oder durch ein anderes tüchtiges Subjekt fertigen läßt, und daß nur die Revision und Rechnungsabhör zu den Obliegenheiten des Amtsrevisors gehört. Ebenso ist in §. 12 der landesherrlichen Verordnung vom 25. November 1841 (Reg.Bl. No. 38) die Stellung der Vormundschaftsrechnungen den Notaren zugewiesen, wobei jedoch Einholung besonderer Erlaubniß des Amtsrevisors nöthig ist, sofern nicht der Ausnahmsfall des §. 12 der Verordnung vom 14. Mai 1857 (Reg.Bl. S. 216) vorliegt. Danach steht fest, daß der Angeschuldigte bei jenem Akte als öffentlicher Beamter fungirte, woraus weiter folgt, daß er nicht, wie die Recursausführung meint, nur zu beurkunden, sondern für das Beste des Mündels zu sorgen hatte, denn in Baden ist, abweichend vom französischen Rechte, das ganze Vormundschaftswesen vorzugsweise polizeilicher Natur und auf die Sicherung der Minderjährigen durch polizeiliche Ueberwachung der Vormundschaften berechnet, und der Angeschuldigte, welcher in seinem Amtsbezirke nach Einholung der vorschriftsmäßigen Genehmigung seines Vorgesetzten die Rechnung stellte, handelte dabei als Beamter der polizeilichen Vormundschafts-Aufsichtsbehörde. Gerade bei einem solchen Anlaß hat aber der Notar Macht und Gelegenheit, sein Amt zur widerrechtlichen Benachtheiligung des Mündels zu mißbrauchen, denn die Art, wie er in der Rechnung die Verwaltung des Vormunds, dessen Ausgaben und Einnahmen, sowie die Kapitalanlagen und sonstigen Verhältnisse darstellt, wird häufig von entscheidendem Einfluß sein, da seine Arbeit auf das, öffentlichen Akten gebührende, Vertrauen Anspruch hat, und die im Interesse des Mündels controlirenden Stellen leicht zur Genehmigung der Rechnung bestimmen, auch die sonst gegen den lässigen oder unredlichen Vormund zur Anwendung kommenden Vorsichtsmaßregeln verhindern kann.

Ist der Beweggrund zu solchem Amtsmißbrauch nicht etwa in Unkenntniß oder Leichtfertigkeit des Notars, sondern in Bosheit, Rachsucht, Eigennutz oder Parteilichkeit zu finden, so liegen alle Merkmale des in §. 659 Str. G.B. bezeichneten Vergehens vor. Nun hat der Angeschuldigte unzweifelhaft sein Amt mißbraucht, indem er, statt die üble Verwaltung des Vormunds an den Tag zu bringen, dessen große Rechtsschuld zu verheimlichen suchte, und dazu ein Mittel wählte, welches den Mündel in Schaden brachte, überdieß sogar die nöthige und ihm wohlbekannte Vorsichtsmaßregel der vorläufigen Signification versäumte, wodurch die Forderung dem Mündel verloren ging, und indem er nach eigenem Geständniß fälschlich die Genehmigung der anwesenden Vertreter des Mündels beurkundete.

Die eingehaltene Manipulation ist ferner der Art, daß sie offenbar ein Werk der Erfindung des geschäftsgewandten Angeschuldigten ist, mithin hat derselbe nicht nur den unredlichen Vormund begünstigt, sondern er hat ihn thätig unterstützt.

Wenn der Angeschuldigte den neuen Vormund zur Strichbewilligung zu verleiten suchte, so liegt dessen von der Recursausführung bestrittene Bedeutung darin, daß damit der Verzicht auf das gesetzliche Pfandrecht und ein deßfallsiger Pfandbucheintrag gemeint war, was ein weiteres erhebliches Moment des Amtsmißbrauches des Angeschuldigten bildet.

Ueber das Motiv zu dieser schweren Pflichtverletzung kann man nicht im Zweifel sein, denn der Angeschuldigte bezeichnet sich selbst als einen guten Bekannten des alten Vormunds, welcher von diesem nicht unbeträchtliche Neujahrsgeschenke annimmt; zwar will er nicht zugeben, daß, wie sehr wahrscheinlich ist, dieß Geschenk auf die hier in Frage stehende Angelegenheit Bezug hatte, aber er bringt es selbst mit einer Gefälligkeit in Verbindung, welche er nur mit Verletzung von Pflichten erweisen konnte. Hat nun auch das großh. Hofgericht eine Bestechung nicht für erwiesen erachtet, so muß man mindestens Eigennutz des Angeschuldigten in Erwartung künftiger belohnender Geschenke von Seiten der J. D. Eheleute und Parteilichkeit desselben für diese seine gute Freunde und gegen das diesen durch seine Receßforderung unbequeme Kind unterstellen, zumal J. D. nur durch Abwälzung seiner vormundschaftlichen Lasten die ihm damals unentbehrliche Kapitalaufnahme bewerkstelligen konnte.

Demnach ist die Schuldigerklärung vollkommen gerecht.

II) Die Theilung auf Ableben des Daniel B. von M. betr.

u. u.

Auch hier greift die Recursausführung wieder zu der Behauptung, daß die in Frage stehende Handlung des Angeschuldigten keine dienstliche sei, allein mit offenbarem Unrecht.

Nach § 39 Beil. C. des Org.Ed. vom 25. November 1809 in Verbindung mit §. 2 des II. Einf.Ed. zum L.R. und mit §. 4 der Verord. vom 25. November 1841 (Reg.-Bl. No. 38), gilt die von dem Notar vorgenommene und von den Betheiligten genehmigte, nöthigenfalls auch von dem Amtsrevisor revidirte Erbtheilung als eine gerichtliche im Sinne von L.R.S. 838 (vrgl. Munke, Vorträge über das bad. bürg. Recht S 214 ff.), mithin hat der geschäftsfertigende Notar bei Erbtheilungen die wichtigsten dienstlichen Funktionen, und es klingt sonderbar, wenn die Rekursausführung ihn auch hier als den willenlosen Schreiber fremden Willens hinstellen will, während er das ganze Theilungsgeschäft leitet, die vielen schwierigen Fragen des Erbrechts selbstständig prüft und seine Ansicht darüber in dem Theilungsoperate zur Geltung bringt, vielfach gar nicht an den Willen der Betheiligten, sondern nur an das Gesetz gebunden ist (L.R.S. 840. 466), wie er auch bei entstehenden Streitigkeiten sich nicht unbedingt dem Parteiwillen zu fügen, sondern die Sachen an das Gericht zu weisen hat.

Ebenso grundlos bestreitet die Recursausführung, daß die Ertheilung eines Raths bei der Erbtheilung keine dienstliche Handlung sei, denn der Notar hat dabei Richterpflichten, und muß unparteiisch die Rechte aller Theile wahren; wendet er nun diese seine Stellung, welche ihm nothwendig Einfluß gibt, dazu an, einen Erben zu irgend etwas zu bestimmen, so handelt er so gewiß in der Eigenschaft eines Staatsbeamten, als der Richter, welcher bei Prozeßverhandlungen einen Vortrag der Partei oder den Abschluß eines Vergleiches veranlaßt.

Natürlich kann dabei der Notar, gleichwie der Richter, einen Betheiligten zum Nachtheile eines andern begünstigen, und dieß hat hier der Angeschuldigte in vollem Maße gethan, wenn er die Wittwe zu Gunsten der Erben ihres Ehemannes zu dem Aufgeben ihrer Nutznießungsrechte verleiten wollte, während solche nach Recht und Gesetz unantastbar waren.

Zwar will die Recursausführung glauben machen, daß damit möglicherweise ein Vortheil der Wittwe erzielt worden wäre, allein dies ist eine aus der Luft gegriffene Ausflucht, da die ganze Untersuchung zeigt, daß es sich darum handelte, dieselbe zu einer rechtswidrigen Concession an die Erben ihres Mannes und zum Aufgeben eines wichtigen Vermögensrechtes zu bewegen, wobei es sich von selbst verstand, daß ihr diese Erben kein genügendes Entgeld dafür leisten wollten, denn sonst hätten sie entsprechende Vorschläge gemacht, statt sich, wie man zu sagen pflegt, hinter den Angeschuldigten zu stecken und durch dessen Bestechung seinen amtlichen Einfluß auf die Wittwe für sich zu gewinnen.

Wenn letztere die Thätigkeit des Angeschuldigten in einem milderen Lichte betrachtet, so war ihr die Bestechung unbekannt, und nicht deren Urtheil, sondern die damit sehr in Widerspruch stehenden thatsächlichen Depositionen sind für das urtheilende Gericht maßgebend.

Da der Angeschuldigte in Folge von Bestechung sein Amt mißbrauchte, so liegt das concurrirende Vergehen des Amtsmißbrauchs und der Bestechung vor (St.Ges.B. §. 659. 662. 665), und das großh. Hofgericht hätte daher

hier nicht blos eine Bestechung annehmen sollen, so daß der Angeschuldigte keineswegs beschwert ist.

2c. 2c.

Die erkannte Strafe erscheint endlich zu nieder, denn Rekurrent hat außer der Freiheitsstrafe nach St.Ges.B. §. 659. 662. 665 dreimal die Strafe der Dienstentlassung verschuldet, und hiefür mußte nach St.Ges.B. §. 176 auf einen Zusatz von Kreisgefängnißstrafe erkannt werden, welcher gemäß St.Ges.B. §. 169. 171 mindestens in zweimal zwei Monaten bestehen mußte. Nun hat aber das großh. Hofgericht nur auf 8 Wochen, also zufolge §. 63 St.Ges.B. nicht einmal auf die Hälfte des hiernach gesetzlich zuläßigen Strafminimum erkannt, und dabei ist überdieß die gemäß St.Ges.B. § 662. 665. 178. 170. 171 einmal im vollen Betrage und das andere mal mindestens mit ⅓ zur Anwendung kommende Kreisgefängnißstrafe für die beiden Bestechungen unberücksichtigt geblieben. Daß bei der ganzen Sachlage in letzter Beziehung nicht Geld- sondern nur Freiheitsstrafe geeignet ist, bedarf keines Nachweises.

Wenn man daher auch davon absieht, daß hier nach §. 662 St.Ges.B. die Strafe der Dienstentsetzung zuläßig war, so muß sich doch die großh. Staatsbehörde zur Anschließung gemäß § 110 Einf.Ges. veranlaßt sehen, und stellt daher

den Antrag:

Großh. Oberhofgericht wolle im Uebrigen das hofgerichtliche Urtheil bestätigen, jedoch in der Beziehung abändern, daß Rekurrent in den unter No. 2 und 3 bezeichneten Fällen nicht nur der Bestechung, sondern auch des Amtsmißbrauchs für schuldig erklärt, und daß die gegen ihn erkannte Freiheitsstrafe nach Maßgabe des oben Gesagten erhöht werde.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. Januar 1858.

1) Das großh. Hofgericht geht bei der Verurtheilung des Recurrenten wegen Amtsmißbrauchs davon aus, daß derselbe bei Stellung der Pflegrechnung für Anna Maria B. als Beauftragter des zugleich die Vormundschaftsbehörde vertretenden Amtsrevisors zu handeln und deßhalb auch das Interesse der Mündel zu wahren gehabt habe, daß er aber dieser seiner Pflicht zuwider, zur Benachtheiligung der Mündel und aus Parteilichkeit für ihren Vormund, den Receß des Letztern zu verbergen gesucht habe, indem er eine zu dessen Deckung cedirte Forderung als ein neu angelegtes Capital der Mündel in die Rechnung aufgenommen habe, daß er ferner dem neuen Vormund zur Annahme der Cession jener Forderung, ungeachtet solche vorerst nicht zu erheben und ungesichert gewesen sei, gerathen, die Eröffnung der Cession an den cedirten Schuldner unterlassen und endlich den neuen Vormund zur Bewilligung des Strichs des Pfandeintrags zu bestimmen gesucht habe, welcher zu Gunsten der Mündel auf dem Vermögen ihres abgegangenen Vormunds ruhte.

Jene Voraussetzung des großh. Hofgerichts, wornach es Pflicht des Recurrenten gewesen sein soll, bei Stellung der Rechnung das Interesse der Minderjährigen zu vertreten, ist jedoch nicht begründet, indem es nach den bestehenden Verordnungen nicht dem Notar, dessen Geschäft sich auf das Beurkunden der die Rechnung betreffenden Erklärungen und Vorlagen beschränkt, sondern lediglich dem die Rechnung revidirenden Amtsrevisor zukommt, wegen der etwa vorgekommenen Benachtheiligung der Minderjährigen entweder selbst einzuschreiten oder ein Einschreiten der Obervormundschaftsbehörde zu veranlassen.

Es geht auch aus dem Inhalt der fraglichen Pflegrechnung nicht hervor, daß Recurrent den Receß des abgegangenen Vormundes zu verdecken suchte; aus dem darin angeführten Umstande, daß der Vormund seiner Mündel am Tage der Rechnungsstellung eine Forderung von 920 fl. cedirte und sich ohne Empfang eines Cessionspreises lediglich ein Guthaben von 36 fl. 54 kr. berechnete, ließ sich vielmehr mit Bestimmtheit entnehmen, daß er einen Receß von 883 fl. 6 kr. gemacht habe.

Es ergab sich auch weiter aus der Rechnung, daß der Receß durch die Cession der Forderung nur ungenügend gedeckt wurde, indem ausgeführt war, daß die Forderung sich noch in lebenslänglicher Nutznießung des Schuldners und seines Vaters befinde.

So wenig es ferner dem Recurrenten zum Vorwurf gereichen kann, daß er die andere weder vom neuen Vormund beantragte, noch vom Amtsrevisorat ihm aufgegebene Eröffnung der Cession an den cedirten Schuldner bewirken ließ, so wenig läßt sich ihm zur Last legen, daß er sich zur protokollarischen Aufnahme der Pfandgerichtsbewilligung bereit zeigte, welche der abgehende Vormund von seinem Nachfolger begehrte und zu welcher der letztere gehalten war, nachdem er durch Anerkennung der Pflegrechnung die Cession angenommen hatte. —

Der dem neuen Vormund gegebene Rath, die Cession der Forderung anzunehmen, war, da mit dieser Annahme die Recessschuld der Cedenten, also auch das zu deren Sicherung bestandene Pfandrecht erloschen wäre, allerdings geeignet, eine Benachtheiligung der Mündel oder des regressorisch verhafteten Vormunds herbeizuführen, wenn die Recessschuld durch Verwerthung der Liegenschaften des abgehenden Vormunds hätte getilgt werden können, nach dem Ergebniß der in der Recursinstanz angeordneten Erhebungen läßt sich aber annehmen, daß die Schuld bei Verwerthung jener Liegenschaften nur zum geringsten Theil gedeckt worden wäre, da die Liegenschaften größtentheils mit einem dem Pfandrecht der A. M. B. vorgehenden Vorzugsrecht für eine dem Werthe derselben nahezu gleichkommenden Forderung belastet waren.

Endlich ist aber auch keinenfalls hergestellt, daß Recurrent bei Ertheilung des Raths in bösem Glauben handelte, daß er mit allen hier einschlagenden Verhältnissen bekannt, sich der Nachtheile bewußt war, welche die Befolgung seines Raths für die Mündel oder deren neuen Vormund herbeiführen würden.

Hiernach kann die Beschuldigung, daß er sein Amt zur widerrechtlichen Benachtheiligung der A. M. B. mißbraucht habe, nicht begründet erscheinen.

2) Die gegen ihn weiter erhobene Beschuldigung, wonach er sich bei Theilung der Verlassenschaft des Daniel B. zu dem Zwecke habe bestechen lassen, damit er die Wittwe zu einem Verzicht auf ihre Nutznießung am ehemännlichen Nachlaß bewege, beruht lediglich auf der unbeschworenen Aussage der Ehefrau D. und erscheint deßhalb nicht bewiesen. Der dabei weiter geltend gemachte Umstand, daß Rekurrent der Wittwe in der That zugesprochen hat, auf ihre Nutznießung zu verzichten, kann nicht zur Unterstützung jener Angabe gereichen.

Wenn man nämlich die Bestimmungen des Ehevertrags der Daniel B'schen Eheleute mit der Angabe des Zeugen Fr. Ph. B. vergleicht, so ergibt sich, daß die Wittwe keineswegs zu einem unentgeldlichen Verzicht auf die Nutznießung bewogen werden sollte, daß ihr vielmehr für den Fall ihres Verzichts auf die Nutznießung das Eigenthum an $^1/_3$ des Nachlasses zugefallen wäre. Hat nun Rekurrent dem Wunsche der Erben entsprechend, der Wittwe den Rath ertheilt, bei der ihr nach dem Ehevertrag zustehenden Wahl zwischen der Nutznießung am ganzen Vermögen und dem Eigenthumsrecht an $^1/_3$ derselben sich für letzteres zu entscheiden, so läßt sich darin nichts auffallendes finden, wie denn auch die Wittwe in der Untersuchung erklärte, daß sie in dem Zuspruch des Rekurrenten nichts Unrechtes erblickt habe, die Unterstützung des Wunsches der Erben von Seiten des Recurrenten kann daher nicht als ein das Zeugniß der Ehefrau D. bestätigender Verdachtsgrund aufgefaßt werden; ebenso wenig läßt sich darin ein Amtsmißbrauch des Recurrenten erblicken und zwar schon deßhalb nicht, weil nicht entfernt feststeht, daß der Wittwe ein Nachtheil erwachsen konnte, wenn sie den vom Recurrenten ertheilten Rath befolgt hätte.

3) Die dritte gegen denselben erhobene Beschuldigung stützt sich auf das mit dem Inhalte der Vollstreckungsakten in Verbindung gebrachte Zeugniß der Ehefrau Heinzmann.

Nach diesem Zeugniß hat die Letztere aber dem Recurrenten die zwei Kronenthaler nicht etwa wegen einer von ihm vorzunehmenden Amtshandlung oder für die Unterlassung einer solchen, namentlich nicht für ein gesetzwidriges Verzögern der von ihm abzuhaltenden Liegenschaftsversteigerung gegeben, sondern dafür, daß er sich bei ihrem Gläubiger für die Bewilligung eines Einhalts mit der Liegenschaftsversteigerung verwende; die Annahme des hiefür gegebenen Geschenkes von Seiten des Recurrenten enthält also ebensowenig den Thatbestand einer Bestechung, als seine Verwendung um die Gewährung des Einhalts mit der Versteigerung den Thatbestand eines Amtsmißbrauchs enthält.

Erwägt man übrigens, daß es der Ehefrau Heinzmann nach ihrer in den Prozeßakten befindlichen Vorstellung vom 4. Januar 1854 nur um Einhalt mit der Fahrnißversteigerung zu thun war, nicht um Einhalt mit dem Zugriff auf die Liegenschaften, die zudem nur ehemännliche oder errungene waren; zieht man ferner in Betracht, daß die in der Recursinstanz vorgelegte, vom Gläubiger unterzeichnete Bewilligung des Einhalts mit der Fahrnißversteigerung vom Recurrenten geschrieben ist, und daß der Gläubiger, der über dies niemals bei Gericht eine Erinnerung des Vollstreckungsbeamten beanstandete, nur von einmaliger Verwendung des Recurrenten für die Ehefrau Heinzmann spricht, so ergibt sich für die Behauptung des letztern, daß seine Verwendung nur den Einhalt mit der Fahrnißversteigerung betroffen habe, eine große Wahrscheinlichkeit, und muß darnach die Richtigkeit der Angabe der Ehefrau Heinzmann, wornach sie den Liegenschaftszugriff habe aufhalten wollen, erheblichem Zweifel unterliegen.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der §§. 659. 662 des Str.G. und des §. 355 der Str.Pr.O. wurde der Angeschuldigte ganz freigesprochen. X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 10.**

I.

Baupflicht.

1) Was versteht man unter Baupflicht?

2) Wer hat über deren Umfang zu erkennen?

Heidelberg gegen Fiskus.

Annalen XXIV. 287.

Die Entscheidung, welche das großh. Oberhofgericht in obiger Sache erließ, überraschte beide Theile. Dieselben waren nämlich, und mit ihnen die Verwaltungsbehörden, von welchen sie zur Austragung des Streites über den Umfang der Baupflicht auf den Rechtsweg verwiesen wurden, vor Allem der Ansicht, daß nur die bürgerlichen Gerichte darüber zu entscheiden, competent seien *)

Nach den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil hat sich jedoch der höchste Gerichtshof für unzuständig erklärt, und zwar, nachdem schon bis zur Duplik schriftlich verhandelt war und auch eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte.

Die hiernach noch unentschiedene Sache ist für beide Theile von großer Wichtigkeit und wird höchstwahrscheinlich einen Competenzstreit herbeiführen, indem auch die Verwaltungsbehörden, wenn solche bei ihrer bisherigen Ansicht beharren, sich ebenfalls für incompetent zu erklären haben.

Dieser Rechtsstreit bietet überhaupt einige interessante Seiten dar und dürfte es deßhalb erlaubt sein, demselben in diesen Blättern noch einige Aufmerksamkeit zu widmen. Vor Allem die Bemerkung, daß es für die rechtliche Beurtheilung der Sache wünschenswerth gewesen wäre, wenn bei Mittheilung des im Eingange dieses Aufsatzes erwähnten Falles das Thatsächliche desselben näher angegeben worden wäre; ich muß deßhalb auf solches etwas näher hier eingehen.

I. Was zunächst die hier in Frage gestandene Baupflicht an und für sich betrifft, so hat der höchste Gerichtshof in seinen Entscheidungsgründen angenommen, daß die Baupflicht an sich nicht bestritten sei, und daß solche deßhalb im Allgemeinen auch nicht Gegenstand eines gerichtlichen Urtheils sein könne. Dieser Annahme stunden jedoch gewichtige Bedenken entgegen.

Daß man im rechtlichen Sinne unter einer Baupflicht eine Verbindlichkeit versteht, zu deren Erfüllung nöthigenfalls der Bauherr durch richterliche Zwangsmaßregeln angehalten werden kann, ist wohl klar. Eine solche Baupflicht wurde von der Klägerin in Anspruch genommen, von dem Beklagten aber widersprochen und der höchste Gerichtshof selbst fand anfänglich in den Erklärungen des Beklagten einen solchen Widerspruch, was sich deutlich aus Folgendem ergibt:

In der Klage wurde die Erwartung ausgesprochen, daß der Beklagte die Baupflicht an und für sich nicht bestreiten werde.

„Um jedoch (so heißt es in §. 5 der Klage) den Umfang der Baupflicht ermessen zu können, ist es nöthig, die Titel der Baupflicht, wenigstens im Allgemeinen, anzugeben. Dieselbe gründet sich nämlich

1) darauf, daß der Unterländer Fond die im §. 4 bezeichneten, ehemals reformirten Schulhäuser stellte und die jeweils erforderlichen Hauptausbesserungen an denselben vornehmen ließ, wozu er von jeher und zwar seiner Bestimmung gemäß verpflichtet ist. Da es nicht zu erwarten steht, daß diese Behauptung in Abrede gestellt wird, so unterläßt man vorerst eine nähere Begründung derselben, behält sich jedoch nöthigenfalls dieselbe vor;

*) Vrgl. hierüber S. 50 der Nr. 0. D. R.

2) auf Anerkenntnisse." Diese sind in der Klage näher bezeichnet.

Die Vernehmlassung des Beklagten hierauf enthält nun bezüglich der Baupflicht an und für sich folgende Erklärungen:

In §. 1.

„Der Unterländer Kirchenfond, der hier verklagt ist, hat bis zur Union vom Jahre 1821 die Bedürfnisse der damaligen reformirten Volksschule zu Heidelberg in Betreff der nöthigen Schulräume und Lehrerwohnungen aus seinen Mitteln bestritten. In gleicher Weise hat derselbe auch nach der Union und der dieser gemäß erfolgten Vereinigung der erwähnten beiden Confessionsvolksschulen zur Bestreitung der gedachten Bedürfnisse dieser seitdem vereinigten Schulen mindestens in gleichem Maße, wie früher beigetragen. Besagte Bedürfnisse in eben diesem Maße, auch in Zukunft zu bestreiten, ist er fortwährend weit entfernt, sich zu weigern und der Widerspruch, welchen er den gegenwärtigen Anmuthungen der Stadtgemeinde Heidelberg entgegensetzt, gilt diesen Anmuthungen nur insoweit, als dieselben dieses Maß überschreiten und geradezu verlangen, daß der Beklagte unbedingt alle Exigenzen bestreite, welche sich für die jetzt vereinigten evangelischen Schulen und vollends noch in der letzteren Ausdehnung der letzteren ergeben würden. Ich gehe nach diesen einleitenden Bemerkungen zunächst zur Beantwortung des thatsächlichen Klaginhalts über."

Im §. 3 der Vernehmlassung wird sodann weiter gesagt:

„Es ist — um hiernach zu einer rechtlichen Beurtheilung der Klage überzugehen — schon oben im §. 1 bemerkt, daß der Beklagte nicht daran denkt, seine Pflicht zur häuslichen Unterbringung der Schulen und Lehrer, schlechthin in Abrede zu ziehen, sondern daß er vielmehr nur den Umfang bestreite, welchen dieser Pflicht die Klägerin geben möchte."

Endlich heißt es im §. 5 und 7 der Vernehmlassung:

„Wie bereits mehrfach bemerkt, wird von dem beklagten Fond eine Pflicht zum häuslichen Unterbringen der evangelischen Schulen und Lehrer im Allgemeinen nicht bestritten.

Was nun aber die Modalität dieser Pflicht betrifft, so kann für unbedingt nicht zugegeben werden, daß dieselbe gerade im Bauen und Unterhalten im Sinne des Baudikts von 1808 bestehe.

Falls nicht der oberste Gerichtshof annehmen sollte, daß schon diese bloße Sorge, welche der beklagte Fond für die häusliche Unterbringung der Schulen und der Lehrer bisher getragen hat, den verpflichtenden Baufakten im Sinne des Baudikts gleichstehe, oder daß der obenerwähnte Oberkirchenrathserlaß vom 3. August 1839 ein Anerkenntniß der Baupflicht, im Sinne eben dieses Edikts sei, oder wenn endlich nicht die Klägerin nachträglich darzuthun vermag, daß dem Fond eine eigentliche Baupflicht durch die Stiftungsbehörde selber auferlegt sei, so existirt eine civilrechtliche Verbindlichkeit des Beklagten überall nicht; nicht einmal zur Fortsetzung der jeweiligen Leistungen, welche derselbe zum Behufe der Unterbringung der Schulen und Lehrer in der Vergangenheit gemacht hat, geschweige zum künftigen wirklichen Bauen und Unterhalten von Schulhäusern und Lehrerwohnungen, und es sind die bisherigen Leistungen in civilrechtlicher Hinsicht, lediglich als Handlungen der freien Willkühr zu betrachten, auf deren Fortsetzung eben deßwegen keine Klage vor dem Richter stattfindet."

Auf diese Vernehmlassung hin erhielt die Klägerin durch oberhofgerichtliche Verfügung vom 19. Dezember 1856 die Auflage:

„Die in §. 5 Ziff. 1 der Klage bezüglich der Baufakta aufgestellten Behauptungen besser als geschehen zu begründen."

Diese Auflage dürfte deutlich zu erkennen geben, daß der höchste Gerichtshof selbst der Ansicht war, daß der Beklagte die Baupflicht an und für sich widersprochen habe, weil andernfalls eine nähere Begründung derselben nicht erforderlich gewesen wäre.

In der Replick wurde die verlangte nähere Begründung gegeben. In der Duplick wiederholt jedoch der Beklagte den Widerspruch, daß ihm überhaupt eine civilrechtliche Baupflicht obliege und erklärt namentlich im §. 3:

„Eventuell gibt die Replick dem Oberkirchenrathserlasse eine unrichtige Auslegung. Zunächst nemlich ist das darin gebrauchte Wort „Baupflicht" nicht in der technischen Bedeutung zu verstehen, welche es in der Sprache des Baudikts hat. Der Erlaß hat damit, wie schon früher bemerkt, nur von einer — als moralischen Verpflichtung erkannten — Obsorge für die Wohnungsbedürfnisse der Schulen und Lehrer überhaupt, überall nicht von einer ihm civilrechtlich obliegenden Verbindlichkeit zum Bauen und Unterhalten der von dem

jeweiligen Bedürfnisse verlangten Wohnungen sprechen wollen.“

Ob nun bei dieser Sachlage, bei diesen deutlichen Erklärungen des Beklagten der höchste Gerichtshof zu der Annahme berechtigt war:

Daß die Baupflicht an sich eine unbestrittene sei und der Beklagte dieselbe im Allgemeinen anerkannt habe, — oder ob nicht vielmehr über die Baupflicht selbst, welche nach der Klage als eine Zwangspflicht und nicht als eine moralische und lediglich von der Willkühr des Beklagten abhängende Verpflichtung in Anspruch genommen wurde, zu erkennen war, — wird dem Urtheile der Leser dieses Blattes anheimgegeben.

II. Den Umfang der Baupflicht betreffend:

1) In der oberhofgerichtlichen Entscheidung ist, und gewiß mit vollem Rechte, die Ansicht ausgesprochen: daß es nicht Aufgabe der Gerichte sein könne, die Gränzen der Nothwendigkeit oder des Bedürfnisses der Ausdehnung des Schulunterrichtes, sowie die Gränzen des Bedürfnisses von Schulgebäulichkeiten festzustellen.

Allein nie und nimmer hat auch die Klägerin darüber eine Entscheidung verlangt.

Die Klägerin behauptete, daß in den evangelischen Volksschulen zu Heidelberg von jeher ein erweiterter, d. h. ein vor- und nachmittäglicher Unterricht für jede Schulklasse ertheilt wurde, daß dies für Heidelberg auch ein Bedürfniß und deßhalb der Beklagte schuldig sei, auch diejenigen Schulräume zu stellen, welche zur Ertheilung eines solchen Unterrichts nothwendig sind. Daß die Klägerin berechtigt ist, einen erweiterten Unterricht ertheilen zu lassen, und daß sie bisher einen solchen ertheilen ließ, gab der Beklagte zu, bestritt dagegen das Bedürfniß eines solchen Unterrichtes und demzufolge die Verbindlichkeit zur Stellung der dazu erforderlichen Schulräume. Das von der Klägerin behauptete Herkommen und Bedürfniß eines erweiterten Unterrichtes war sonach meines Erachtens eine Thatfrage, welche, soweit als erforderlich, zum Beweise auszusetzen gewesen wäre, und sobald das eine oder das andere hergestellt war, hatte der Richter nicht weiter darüber zu entscheiden, ob ein erweiterter Unterricht, beziehungsweise eine Erweiterung der Schulgebäude nöthig oder Bedürfniß sei, sondern nur darüber, ob der Beklagte als Bauherr auch die Verpflichtung habe, für diejenigen Schulräume zu sorgen, welche durch einen erweiterten Unterricht nothwendig sind. Nur in diesem Sinne und in dieser Richtung waren auch die Klagbegehren gestellt.

2) Eine weitere Frage in Betreff des Umfangs der Baupflicht war: ob der Beklagte, welcher vor der Kirchenvereinigung nur die reformirten Schulgebäulichkeiten zu stellen hatte, in Folge der Vereinigung die Baulast für das ganze Bedürfniß der evangelischen Gemeinde zu übernehmen habe.

Die Union ist nun allerdings, wie die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe bemerken, kein privatrechtlicher Akt; als ein solcher wurde sie aber auch der Klage nicht zu Grunde gelegt. Dagegen ist die Union ein gesetzliches vom Staate genehmigtes Faktum, durch welches die reformirte und lutherische Kirche, beziehungsweise Schule verschmolzen und zu einer Einheit verbunden wurde. Die Klägerin hatte in dieser Beziehung unter Anderm ausgeführt:

„In Folge der Union gibt es keine reformirte und keine lutherische Kirche und Schule mehr. Die Union wollte eine gründliche Verschmelzung beider Confessionen und erklärte sich für eintretend in alle Rechte und Verbindlichkeiten der bisher getrennt gewesenen beiden evangelischen Kirchen.

Es wird in der Unionsurkunde vom 26. Juli 1821 überall der Grundsatz der Einheit ausgesprochen und soll in Ansehung der Personen aller Unterschied beider Confessionen auch dem Namen nach verschwinden.

In jedem Orte, in welchem zur Zeit der Union Reformirte und Lutheraner waren, bilden dieselben fortan nur eine Kirchengemeinde und diese tritt in alle Vortheile und Rechte, welche vorher der einen oder der andern allein zustunden, mithin auch in die Rechte gegen ihre Bauherren. Durch diese Kirchenvereinigung wurde in den Orten, in welchen sich Reformirte und Lutheraner befanden, die Baupflicht der Bauherren eine untheilbare, untheilbar nach der Absicht und dem Zwecke der Union und nach der Natur der Sache. Die vereinigte Kirche und Schule ist es nunmehr, für welche jedem Bauherrn die Baupflicht obliegt. Durch die Union wurde nicht festgestellt und wollte nicht festgestellt werden, nach welchem Verhältniß künftig der reformirte und nach welchem der lutherische Bauherr für Raum in Kirche und Schule zu sorgen habe, sondern diese Verpflichtung sollte eine solidarische, eine untheilbare sein. Besteht einmal eine Baupflicht, so bringt es das Wesen und der Zweck derselben mit sich, daß sie für das jeweilige Raumbedürfniß zu sorgen hat,

gleichviel ob die Schülerzahl durch Zunahme der Bevölkerung oder durch Uebertritt in die evangelische Kirche oder, was dasselbe ist, durch eine evangelische Kirchenvereinigung, sich vergrößert."

Die Union ist somit zwar nicht als ein civilrechtlicher Titel für die Erweiterung der Baupflicht, wohl aber als die äußere Veranlassung zu betrachten, durch welche der Natur der Sache gemäß die Baupflicht sich vergrößern mußte.

Dabei darf übrigens auch nicht aus dem Auge gelassen werden, daß der beklagte Fond die Bestimmung hat, die Interessen der evangelischen Kirche zu fördern, daß gerade durch die Kirchenvereinigung dieses Interesse und der Zweck des unterländer, vormals reformirten Kirchenfond wesentlich befördert wurde, und daß deßhalb die Verpflichtung, welche der Beklagte früher nur gegen die reformirte Kirche hatte, nun eine Verpflichtung gegen die vereinigte Kirche geworden ist.

Wenn es nun auch einerseits außer Zweifel steht, daß über die Frage: „ob und in wie weit die Erweiterung eines Schulhauses Bedürfniß ist," lediglich die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, worüber in dem vorliegenden Falle jedoch nicht zu entscheiden war, so dürfte es anderseits ebensowenig einem Zweifel unterliegen, daß über die Frage: „wem die Verpflichtung zur Bestreitung des Aufwandes für die Erweiterung und Unterhaltung der Schulhäuser obliegt," nur die Gerichte zu erkennen haben. Denn es ist wohl selbverständlich, daß, wenn das bürgerliche Gericht über die Existenz eines Rechtes, beziehungsweise einer Verbindlichkeit zu entscheiden hat, solches auch zur Entscheidung über das Maas und den Umfang derselben berechtigt und verpflichtet ist.

Daß über eine Baupflicht im Sinne des Bauedikts nur das bürgerliche Gericht zu entscheiden hat, ist eine unbestrittene Sache und deßhalb hat dasselbe auch über den Umfang einer solchen Pflicht zu erkennen, es hat zu entscheiden: ob die Thatsachen, welche eine Erweiterung und Unterhaltung der Schulhäuser nothwendig machen, auch geeignet sind, die Verpflichtung des Bauherrn zur Bestreitung der deßfallsigen Kosten zu begründen.

III. Die abgewiesene Klägerin wurde auch in die Kosten verfällt. Beide Theile waren nun aber übereingekommen, ihre Streitigkeit von einem bürgerlichen Gerichte entscheiden zu lassen. *) Wenn daher das Gericht sich für unzuständig erklärte, so hat es damit die beiderseitige Verlangen der Parteien zurückgewiesen und es haben diese die über die Sache selbst gewünschte richterliche Entscheidung nicht erhalten. Es fragt sich daher ob es nicht gerecht und billig gewesen wäre, die Parteien gemeinschaftlich die Kosten tragen zu lassen?

Schließlich noch die Bemerkung, daß inzwischen der beklagte Fond einen Vorschlag der Gemeinde Heidelberg zur schiedsrichterlichen Entscheidung der Sache abgelehnt hat, daß dermalen Vergleichsverhandlungen im Gange sind, welche jedoch die Erledigung der Sache nicht herbeiführen werden, so daß diese alsdann an die Verwaltungsbehörden zur Entscheidung gelangen wird, welche seiner Zeit mitgetheilt werden soll.

Weber, Adv. *)

II.

Sicherheitsleistung für ein in Nutznießung stehendes Kapital.

Dietrich gegen Steurer.

Der überlebende Ehemann seiner kinderlos verstorbenen Frau sollte für die Nutznießung, welche ihm an dem in 1300 fl. bestehenden Vermögen der letzteren zusteht, sowohl nach L.R.S. 601 als nach einem rechtskräftigen Urtheile des großh. Stadamts Karlsruhe vom 13. Oktober 1856 Sicherheit leisten, welche er durch Gewährung einer Nachhypothek auf sein aus der elterlichen Verlassenschaft für 13,000 fl. übernommenes Haus, stellen will, das mit einem Gleichstellungsgeld von 9750 fl. als erste Hypothek belastet ist.

Zu diesem Behufe legte Beklagter vor

1) ein von 3 Bautaratoren ausgestelltes Zeugniß, nach welchem das Haus 13,000 fl. werth sein soll;
2) einen Auszug aus dem Unterpfandsbuch vom 27. April 1857, inhaltlich dessen er am 24. März 1857 vor Notar und Zeugen erklärte, daß er dem Kläger für den Betrag von 1300 fl. Pfandrecht auf sein

---

*) Ein solches Uebereinkommen verpflichtet natürlich den Richter nicht, einen Streit zu entscheiden, dessen Erledigung vor die Verwaltungsbehörden gehört. Vergl. auch Annalen XXV. No. 6 S. 41.

Wer aber in einem bei Gericht verhandelten Streite unterliegt, der trägt nach §. 168 der Pr.O. in der Regel die Kosten, wovon obige Uebereinkunft keine Ausnahme macht. D. Red.

*) in Heidelberg.

Wohnhaus verwillige und den Eintrag dieser Cautionsurkunde in das Unterpfandsbuch gestatte. Zugleich gaben die Geschwister des Beklagten, welche das Gleichstellungsgeld zu fordern haben, die Erklärung ab, daß sie für mehr als ein Jahr etwa rückständig werdende Zinsen aus 9750 fl. kein Pfandrecht vor E. Dietrich in Anspruch nehmen.

Der Kläger verwirft jedoch diese Sicherheitsleistung als ungenügend, weil das ganze Haus bezüglich einer Verpfändung nur 7000 fl. werth sei.

Allein der Unterrichter hielt, da nach Abzug des Gleichstellungsgeldes vom Hauswerth ein Ueberschuß von 3250 fl. mithin mehr als doppelte Deckung für das Nutznießungscapital von 1300 fl. übrig bleibe, die gestellte Sicherheit für hinreichend, und wieß durch Erkenntniß vom 9. Mai 1857 den Kläger mit seinem Vollstreckungsbegehren ab.

Anderer Ansicht war das Appellationsgericht, indem es davon ausging, daß bei der Wandelbarkeit des Häuserwerthes in Städten und bei der Zufälligkeit eines Mehr- oder Mindererlöses in Zwangsversteigerungen kein vorsichtiger Kapitalist auf eine solche Nachhypothek 1300 fl. darleihen würde — und so zu dem Resultat gelangte, daß die dargebotene Sicherheit für ungenügend zu erachten sei; weßhalb denn auch durch abänderndes Urtheil vom 11. August 1857 der Vollzug des Erkenntnisses vom 13. Oktober 1856 angeordnet wurde.

Die hiergegen von dem Beklagten eingewandte Oberberufung hatte keinen günstigen Erfolg, da unterm 30. März l. J. in dritter Instanz eine bestätigende Entscheidung erging.

Entscheidungsgründe.

Die Sicherheit, welche der Beklagte für die in Nutznießung habenden 1300 fl. durch Bewilligung einer Nachhypothek auf sein Haus stellen will, ist nicht genügend, indem — abgesehen davon, daß der zum Pfandbuch eingetragene Notariatsakt vom 24. März 1857 den Vorschriften des L.R.S. 2127 und 2127 a, vrgl. mit der Verordnung vom 8. Juni 1830 (Reg.Bl No. IX. S. 92) nicht entspricht, — das Pfandgericht für den durch die Bautaratoren auf 13,000 fl. geschätzten Werth des Hauses überall keine Gewähr übernommen hat, ohne solche aber nach richterlichem Ermessen bei den vorliegenden Verhältnissen keine vollständige Deckung für die Forderung des Klägers vorhanden ist.

Zudem würde der nach Analogie des L.R.S. 2165 festzustellende Werth nicht einmal zur Deckung des mit erstem Unterpfandsrechte auf dem Hause haftenden Gleichstellungsgeldes von 9750 fl. ausreichen, geschweige denn noch Sicherheit für das Nutznießungskapital gewähren.

Im Uebrigen wurde auf die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe verwiesen. D. R.

III.

Zollvergehen.

1) Das Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 (Reg.-Bl. No. XXX. S. 279), besteht neben dem am 1. März 1851 in Wirksamkeit getretenen Strafgesetzbuch fort.

2) Die Verjährungen des Strafgesetzbuchs leiden auf Zollvergehen keine Anwendung.

(Annalen XXV. 36.)

Gegen ein hofgerichtliches Urtheil vom 28. November 1857, welches besagt:

> Friedrich Glattacker sei der mit einem gefährlichen Werkzeuge verübten Widersetzlichkeit gegen Grenzaufseher Heim und der Defraudation von 4 kr. Eingangszoll für 8 Pfd. Brod schuldig, deßhalb unter Confiscation dieser 8 Pfd. Brod zur Nachzahlung des Zolles von 4 kr. in eine Geldstrafe von 16 kr. und in eine Kreisgefängnißstrafe von 3 Monaten rc. zu verurtheilen,

ergriff nicht der Angeschuldigte, sondern die großh. Zolldirection den Recurs und führte Beschwerde darüber: daß Fr. Glattacker, welcher durch Erkenntniß des Hauptzollamts bei Schusterinsel vom 1. Mai 1851 der Einschwärzung eines gußeisernen Hafens und unterm 28. Juli 1851 von dem Bezirksamte Lörrach der Defraudation im ersten Rückfall wegen Unterschlagung des Zolls von einem Kleiderkasten für schuldig erklärt wurde, bezüglich des vorwürfigen Zollvergehens nicht der Defraudation im zweiten Rückfalle für schuldig erkannt und nicht in eine Gefängnißstrafe von 24 Stunden verfällt worden ist, da die Frage, ob ein Rückfall vorliege? nicht nach den Bestimmungen des St.G.B, sondern nach jenen des Zollstrafgesetzes vom 3 August 1837, dessen Wirksamkeit nach §. 5 des Einf.Gef.

vom 5. Februar 1851 aufrecht erhalten sei, beurtheilt werden müsse.

In Folge dieser Beschwerde erkannte das großh. Oberhofgericht am 30. März l. J. abändernd zu Recht:

daß Friedrich Glattacker der Defraudation von 4 kr. Eingangszoll für 8 Pfd Brod im zweiten Rückfalle schuldig, deßhalb unter Confiscation dieser 8 Pfd. Brod zur Nachzahlung des Zolls von 4 kr. und in eine Amtsgefängnißstrafe von 24 Stunden zu verurtheilen sei

Entscheidungsgründe.

Es liegt hier ganz unzweifelhaft eine Zolldefraudation, und zwar, da der Angeschuldigte im Jahre 1851 schon zweimal wegen dergleichen Vergehen bestraft worden ist, im zweiten Rückfalle vor.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe nehmen jedoch im Hinblick auf §. 202 des St.G.B. keinen Rückfall an, weil seit Verkündung des letzten gegen den Angeschuldigten erlassenen gerichtlichen Urtheils vom 28. Juli 1851 mehr als 5 Jahre umflossen sind.

Die deßfalls von der großh. Zolldirection erhobene Beschwerde ist begründet, weil nach § 5 Ziff. 5 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 die Gesetze und Verordnungen über Bestrafung der Zoll- Accis- und anderer Steuervergehen neben dem St.G.B. bestehen bleiben.

Das hiernach in seiner vollen Wirksamkeit fortgeltende Zollstrafgesetz vom 3. August 1837 erklärt aber im §. 5 die Wiederholung der Defraudation für einen Rückfall dieses Vergehens und läßt keine Verjährung der erkannten Strafen zu, indem nach § 18 nur die Verfolgung der Defraudation in drei Jahren verjährt.

Eben so wenig kennt das Zollstrafgesetz die singulären Bestimmungen der §§. 200 ff. des St.G.B., wornach durch den Ablauf einer gewissen Zeit die Annahme des Rückfalls aufgehoben wird.

Fr. Glattacker ist demzufolge des zweiten Rückfalls schuldig.

Der §. 29 des Zollstrafgesetzes droht für den zweiten und jeden weitern Rückfall, außer der Confiscation der Gegenstände des Vergehens, eine Gefängnißstrafe die in Gemäßheit des §. 7 nie weniger als 24 Stunden betragen und im vorliegenden Falle wegen Geringfügigkeit des Werths der defraudirten Sache nicht höher steigen darf.

A. d. Gr. rc. D. R.

IV.

Pflichttheil.

1) **Nur Abkömmlinge und Ahnen eines Erblassers sind pflichttheilsberechtigt.**

2) Ein kinderloser Ehegatte kann dem andern die Nutznießung selbst desjenigen Theils, worüber er nicht zum Nachtheil der Erben verfügen darf, auf Lebenszeit zuwenden.

3) Wenn ein Pflichterbe auf seine Portion und auf die Nutznießung daran ausdrücklich verzichtet hat, so können dessen Erben weder die eine noch die andere für sich in Anspruch nehmen.

Brenner gegen Graichgauer.

Durch letztwillige Verfügung vom 17. April 1841 hatte die kinderlose Frau Graichgauer geb. Brenner ihren Ehemann zum Universalerben eingesetzt und demselben noch überdieß für den Fall, daß ihre Mutter den Pflichttheil ansprechen sollte, die lebenslängliche Nutznießung daran zugedacht.

Auf Eröffnung dieses Testaments erklärte die Mutter am 20. Dezember 1843 vor der Theilungsbehörde, daß sie an die Verlassenschaft ihrer Tochter keinerlei Ansprüche mache, vielmehr auf den Pflichttheil verzichte und das eröffnete Testament zum Vollzug kommen lasse.

Nach dem im Jahr 1845 erfolgten Tode der Mutter trat eine ledige Tochter derselben in eigenem und im Namen zweier Geschwister gegen den Testamentserben klagend auf und beanspruchte den Pflichttheil, beziehungsweise die Nutznießung davon, weil die Mutter durch den Verzicht vom 20. Dezember 1843 ihre nach L.R.S. 913 beschränkte Verfügungsgewalt überschritten habe. Dieser Verzicht sollte auch als eine Schenkung zu Gunsten des Beklagten wegen Abgangs der hiefür vorgeschriebenen Form wirkungslos und nichtig sein.

Die Klage wurde jedoch auf gepflogene Verhandlung in allen 3 Instanzen, zuletzt durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 12. Januar l. J. schlechthin abgewiesen.

Gründe.

Die testamentarische Verfügung der Graichgauer'schen Ehefrau Susanne geb. Brenner vom 17. April 1841 wäre insoweit, als dieselbe den jetzigen Beklagten zum alleinigen Erben einsetzt, nach Maßgabe der L.R.S. 913

und 920 einer Minderung unterlegen, weil der überlebenden Mutter der am 30. August 1843 kinderlos verstorbenen Erblasserin nach L.R.S. 915 ein Viertheil ihres Nachlasses als Pflichttheil gebührte.

Hätte nun die nach der Testirerin am 6. Januar 1845 mit Tod abgegangene Wittwe Brenner bei ihren Lebzeiten die fragliche Erbschaft weder angetreten noch ausgeschlagen, so wären deren gesetzliche Erben allerdings berechtigt, Anspruch auf jenen Pflichttheil zu machen.

Nachdem aber die Wittwe Brenner, ohne über den ihr gebührenden Pflichttheil zu Gunsten irgend einer andern Person freigebig zu verfügen, die letztwillige Verordnung ihrer Tochter Susanne durch die Erklärung vom 20. Dezember 1843 ausdrücklich anerkannt und deren Vollzug unbedingt zugegeben hatte, konnte die Klägerin den von ihrer Mutter ausgeschlagenen Vermögenstheil unmöglich erben, und also auch dessen Ausfolgung von dem im Besitz und Genuß befindlichen Beklagten niemals verlangen.

In der Eigenschaft als Erbe ihrer Mutter und als Vertreter ihrer zwei Geschwister hat demnach die Klägerin von dem Nachlasse der Graichgauer'schen Ehefrau nichts zu fordern.

Ebensowenig steht der Klägerin kraft eigenen Recht ein Anspruch auf den gedachten Pflichttheil zu, da sie weder Abkömmling noch Ahne der Erblasserin ist.

Was hiernächst noch insbesondere den Anspruch auf Nutznießung betrifft, so steht demselben der L.R.S. 1094 entgegen, nach welchem die Testirerin, da sie keine Kinder hinterlassen hat, ihrem Ehemanne die Nutznießung am ganzen Nachlasse zuwenden durfte, ohne daß in dieser Hinsicht von der pflichttheilsberechtigten Mutter oder deren Rechtsfolgern eine Minderung begehrt werden könnte.

Die Klage ist demnach weder in der einen noch in der andern Richtung begründet und folglich die Klägerin durch die abweisenden Urtheile der vordern Instanzen nicht beschwert.

Aus diesen Gründen ꝛc. D. R.

V.

Die Hundstaxdefraudationen gehören nicht zur Competenz der Gerichte, sondern zu jener der Polizeibehörden.

Durch Beschluß vom 24. Oktbr. 1857 J. U.S. gegen Braun erwiderte das mittelrheinische Hofgericht einem Amtsgerichte Folgendes:

Die Zuständigkeit der Gerichte zur Abwandlung von Hundstaxdefraudationen ließe sich nur dann annehmen, wenn entweder dieselben als Steuervergehen erschienen oder zu den Fällen gehörten, welche ihrer Natur nach oder kraft ausdrücklicher Vorschrift gerichtlich zu erledigen sind. §. 16, Ziff. 27. 29 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851. Nun ist in den neuesten Gesetzen über diesen Gegenstand (Reggsbl. 1842 No. 28. S. 256, Reggsbl. 1848 No. 81. S. 466) eine Competenzbestimmung wegen der Defraudationsfälle nicht enthalten, indem nur Art. 1 e des letzteren Gesetzes in Verbindung mit §. 1. Z. 21 der landesherrl. Verordnung vom 21. Juni 1850 (Reggsbl. No. 31) besagt, daß über den Anspruch auf Entrichtung der geringeren Hundstaxe die Verwaltungsbehörden zu entscheiden haben. In Art. 1 des Gesetzes vom 10. Sept. 1841 ist die fragliche Abgabe als „Taxe" bezeichnet, was schon gegen deren Natur als Steuer spricht, und noch deutlicher ergibt sich dies aus Art. 4 allda, wo die Hälfte des Reinertrags der Abgabe den betreffenden Gemeindekassen zugetheilt wird.

Ferner ist in Art. 5 die Strafe nicht für unterlassene Entrichtung der Taxe, sondern für unterlassene Vorführung der Hunde gedroht, und dies deutet darauf hin, daß es sich hier nicht um eine fiscalische, sondern um eine polizeiliche Maaßregel handelt. So bezeichnet denn auch das älteste hierwegen ergangene Gesetz, nämlich jenes vom 13. Februar 1811 (Reggsbl. No. 4) als Grund der Einführung der Hundstaxe die durch das häufige Vorkommen von Fällen der Hundswuth motivirte Absicht, der übermäßigen Vermehrung der Hunde entgegenzuwirken und auf ordentliche Verpflegung dieser Thiere hinzuwirken. Auch in dem Gesetze vom 31. Okt. 1833 (Reggsbl. No. 43) ist die Theilung des Ertrags der Taxen zwischen Staats- und Gemeindekasse vorgeschrieben und die Strafe für Unterlassung der Vorführung der Hunde angedroht.

In der zu diesem Gesetze ergangenen und bezüglich der Vorschriften über das Verfahren nirgends aufgehobenen Vollzugsverordnung vom 6. Juni 1834 (Reggsbl. No. 28) ist eine Reihe von Maaßregeln bezüglich der Vorführung und Musterung der zu vertaxenden Hunde vorgeschrieben, welche polizeiliche Fürsorge für die öffentliche Sicherheit bezwecken, und in Uebereinstimmung damit bestimmt deren §. 9, daß die Defraudationsstrafen von den Verwaltungsbehörden erkannt werden. Mit Bezug auf das Gesetz vom 31. Okt. 1833 sprechen sich auch zwei, Annalen VII. No. 33, mitgetheilte Erlasse des

großh. Justizministeriums und des großh. Ministeriums des Innern dahin aus, daß zur Abwandlung der fraglichen Defraudationen nicht die Gerichte, sondern die Polizeibehörden zuständig seien. In dem letzteren Erlasse ist dies damit begründet, daß Art. 4 des Gesetzes vom 31. Okt. 1833 nicht die Defraudation der Taxe, sondern ausdrücklich das Unterlassen der Vorführung des Hundes zur Musterung mit der Strafe von 4 fl. bedroht, also derjenige, welcher sich dieser polizeilichen Controle entzieht, sich eines Polizei- und nicht eines Steuervergehens schuldig macht, weil die damit zusammenfallende Defraudation der gesetzlichen Taxe in dem Gesetze selbst nirgends besonders verpönt, sondern die Nachzahlung derselben lediglich als ein Accessorium der Polizeistrafe erwähnt ist.

Diese Argumentation findet bei der oben besprochenen Fassung des jetzt geltenden Gesetzes vom 10. Sept. 1842 auch dermalen volle Anwendung.

Demnach eignete sich der vorliegende Fall einer Hundstaxdefraudation zur Erledigung durch die Verwaltungsbehörden, und sehen wir uns daher zur Erhebung eines Competenzconflikts wegen des Erkenntnisses der großh. Kreisregierung nicht veranlaßt.

VI.

Der Anspruch auf einen Nothweg ist nur ein Hülfsrecht, welches dem nicht zusteht, der ein selbstständiges Dienstbarkeitsrecht für sein von der Straße abgeschnittenes Eigenthum bei dessen Erwerbung im Zustande der Abgetrenntheit erlangt hat, selbst wenn er es später wieder verlor.

Auszug
aus den Entscheidungsgründen zum Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 2. Oktober 1857.

In Sachen Hechinger gegen Silberer.

Sonach erübrigt für den Beklagten Widerkläger nur noch die Behauptung eines Nothwegrechts, allein diese erscheint nach ihrer eigenen Begründung als unstatthaft. Als nämlich derselbe sein Haus erwarb, war ihm ein Wegrecht über das ärarische Eigenthum verwilligt worden, mithin war er gar nicht in der Lage, einen Nothweg zu verlangen, weil dies ausnahmsweise Recht wegfällt, wenn der Eigenthümer ein selbstständiges Dienstbarkeitsrecht hat.

Der großh. Fiscus durfte durch die nachfolgende Veräußerung an den Beklagten Widerkläger die Lage des Klägers Widerbeklagten nicht verschlimmern, und trennte er des Ersteren Eigenthum von der Straße ab, so mußte er über fiscalischen Grund einen Weg gewähren, was er denn auch gethan hat.

Hätte etwa der Beklagte Widerkläger, was nicht einmal behauptet oder ersichtlich ist, dieses Recht durch spätere Vorgänge eingebüßt, so berührt dies den Gegner nicht und kann diesen nicht zwingen, wegen veränderter Umstände etwas einzuräumen, wozu er früher nicht schuldig war. (Annalen XXI. S. 35. 36.)

X.

VII.

Ein Gesellschaftsvertrag bedarf nicht der schriftlichen Abfassung (natürlich abgesehen von den Vorschriften des Handelsrechts), und kann daher auch durch Eideszuschiebung erwiesen werden.

Auszug
aus den Entscheidungsgründen zum Beweiserkenntniß des mittelrheinischen Hofgerichts vom 4. September 1857.

In Sachen Levi gegen Krämer.

Auch bedarf dieser Vertrag nicht, wie die Appellationsbeschwerdeschrift geltend macht, zu seiner Gültigkeit oder Beweislichkeit der schriftlichen Abfassung, denn L.R.S. 1834 wiederholt nach richtiger Auslegung nur das Verbot des Zeugenbeweises, wie sich aus seinem Inhalte in Vergleichung mit L.R.S. 1341 ff. 2044 ergibt. *) L.R.S. 1360 b ist aber durch §. 24 des II. Einf.Ed. aufgehoben und demnach die Eideszuschiebung — abgesehen von der später zu prüfenden Formel des Eides — gemäß Pr.O. §. 524. L.R.S. 1338 zulässig.

X.

*) So erkannten stets die Gerichte; nur in Annalen VI. S. 335 findet sich eine abweichende, dort scharf kritisirte Entscheidung des oberrheinischen Hofgerichts. Vrgl. Lauckhard II. S. 377. Stabel, titre prél. S. 208. 3. 2. Oberhofg. Jahrb. n. F. V. S. 302. VIII. S. 594. Zachariä, II. §. 378, Note 2. 3. Gilbert, les codes ann. zu Art. 1834 hat auch nicht eine einzige andere Entscheidung. Wenn Stabel S. 209 und Zachariä II. §. 420 Note 4 beim Vergleiche wegen L.R.S. 2044 den Zeugenbeweis ganz ausschließen, so lautet dieser Satz anders, als L.R.S. 1834, und immerhin werden von diesen Schriftstellern andere Beweismittel, wie das Geständniß und der Eid, zugelassen.

D. E.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 11.

I.

Die Abänderungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

Bekanntlich hat die Nürnberger Conferenz auch den Auftrag erhalten, Vorschläge über Lösung der bezüglich der Auslegung und Anwendung der allgemeinen deutschen Wechselordnung entstandenen Controversen zu machen, ferner zu erörtern, in welcher Weise die in den einzelnen deutschen Bundesstaaten zur Ausführung des Art. 2 der allgemeinen deutschen Wechselordnung getroffenen Bestimmungen wegen Beschränkung der Wechselhaft in Uebereinstimmung zu bringen seien.

Demgemäß beantragt dieselbe

1) die Wechselhaft nur auszuschließen

a) gegen Offiziere, Soldaten, Auditeure und Militair-Aerzte, so lange sie sich im activen Dienst befinden,

b) gegen Schiffer und Schiffsvolk, wenn das Seeschiff segelfertig liegt,

c) gegen Schuldner, über deren Vermögen der Concurs eröffnet wurde, oder welche zur Güterabtretung zugelassen worden sind, wegen der früher entstandenen Forderungen.

2) Den Schuldarrest, ohne Rücksicht auf die Größe der Schuld, auf die Dauer eines Jahres zu beschränken, wenn der Gläubiger nicht nachweist, daß dem Schuldner Befriedigungsmittel zu Gebote stehen.

3) Dem Wechselgläubiger allgemein zu gestatten, neben der Erekution gegen die Person des Schuldners gleichzeitig die Erekution in dessen Vermögen zu suchen.

Ferner beantragt die Conferenz zum Behuf der Erledigung der entstandenen Controversen folgende Ergänzungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung:

1) Zu Art. 18, welcher lautet:

„Der Inhaber eines Wechsels ist berechtigt, den Wechsel dem Bezogenen **sofort** zur Annahme zu präsentiren und in Ermanglung derselben Protest erheben zu lassen."

„Eine entgegenstehende Uebereinkunft hat keine wechselrechtliche Wirkung.""

Diese Bestimmung ist hauptsächlich gegen den Versuch der Augsburger Kaufleute gerichtet, dem Wechsel eine Clausel beizufügen, wonach die Annahme erst 14 Tage vor Verfall nachgesucht werden konnte.

2) Den Art. 7 dahin zu erweitern:

„Aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse des Wechsels fehlt, „„**oder in welcher ein Zinsversprechen enthalten ist**,"" entsteht keine wechselmäßige Verbindlichkeit."

Der hier hervorgehobene Zusatz bezweckt, die bekannte Streitfrage, ob Zinsen in einem Wechsel bedungen werden können, zu lösen. Bemerkenswerth ist, daß in dem von der Commission erstatteten Bericht ein diametral entgegengesetzter Antrag gestellt, und mit den gewichtigsten Gründen unterstützt worden war, denen noch etwa folgende Erwägung beigefügt werden könnte:

Das öffentliche Interesse wird durch eine solche Zinsstipulation nicht beeinträchtigt; vielmehr bietet diese offenliegende Zinsstipulation eine größere Gewähr dafür, daß der erlaubte Zinsfuß nicht überschritten wird, als die heimlichen Stipulationen, welche eine unausbleibliche Folge des Verbots der offenen Stipulation sein werden.

3) Dem Art. 4 No. 4 noch beizufügen:

„Die Zahlungszeit kann für die gesammte Geldsumme nur eine und dieselbe sein."

Dieser Zusatz bezweckt die Ausscheidung der in Oesterreich gebräuchlichen s. g. Ratenwechsel, in welchen eine

größere Summe in gleichen Theilen zu verschiedenen Zeiten zahlbar versprochen zu werden pflegte.

4) Der bekannte Art. 29 der Wechselordnung hat zu der Streitfrage Veranlassung gegeben, ob der Wechselinhaber auch den Acceptanten selbst in den im Art. 29 aufgeführten Fällen auf Bestellung einer Sicherheit belangen könne? Die höchsten Gerichtshöfe von Oesterreich und Preußen haben diese Frage bejaht, die Nürnberger Conferenz dagegen verneint sie, und beantragt eine dieser Ansicht entsprechende Redaktions-Aenderung.

5) Merkwürdiger Weise hatten einzelne Gerichtshöfe den Ausdruck „Anfang Januar," „Ende März" für allzu unbestimmt gehalten und darum die betreffenden Wechselklagen verworfen. Archiv für d. Wechselrecht Bd. 5 S. 325 ff. Bd. 6 S. 206 ff.

Die Conferenz schlägt daher vor, durch einen Zusatz zu Art 30 zu bestimmen, daß unter „Anfang eines Monats" der erste und unter „Ende eines Monats" der letzte Tag desselben zu verstehen sei. Dagegen dürfte wohl keine Stimme laut werden; es ist nur zu bedauern, daß dergleichen überhaupt einer gesetzlichen Bestimmung bedarf.

6) Man hat hie und da immer noch geglaubt, es sei zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels nothwendig, bei nicht erfolgter Zahlung protestiren zu lassen; dieser Ansicht soll durch einen Zusatz zu Art. 99 begegnet werden.

Auf diese wenigen Anträge glaubte die Conferenz sich beschränken zu können, wiewohl eine weit größere Anzahl streitiger Fragen in dem Commissionsbericht berührt wurde. Insbesondere hat man nicht für nöthig befunden, die bekannte Streitfrage über die Auslegung des Art 41 der Wechselordnung bezüglich der Tage, an welchen spätestens der Protest Mangels Zahlung erhoben werden muß, zu entscheiden, da sich die meisten Obergerichte bereits in der Ansicht, daß außer am Verfalltag noch an den beiden folgenden Werktagen protestirt werden könne, begegnet seien, und damit auch die in einigen Ländern ergangenen authentischen Interpretationen übereinstimmen.

Dr. Ladenburg.

II.

Bestand und Wiederkauf.

1) Die Uebereinkunft, wodurch einer dem andern bestimmte Liegenschaften gegen Zahlung gewisser Summen zum Genuß überläßt, ist ein Bestand.

2) Ist die Dauer des Pachtes durch den Vertrag nicht festgesetzt, so darf solcher in der vom Gesetz normirten Frist gekündigt werden.

3) Die Klage auf Auflösung des Bestands wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeiten von Seiten des Pächters enthält zugleich die Aufkündigung des Vertrags.

4) Wer sich, ohne einen Termin festzusetzen, verbindlich macht, Jemanden gewisse Gegenstände um einen bestimmten Preis zu verkaufen, kann verlangen, daß demselben vom Richter eine Frist bestimmt werde, um die Bedingungen zu erfüllen, an welche das Verkaufsanerbieten geknüpft ist.

Schweitzer gegen Gempp.

Das Thatsächliche des Rechtsstreits, in welchem obige Grundsätze ausgesprochen wurden, ist in den nachfolgenden Entscheidungsgründen enthalten. Es dürfte daher an der Bemerkung genügen, daß in allen 3 Instanzen gleichförmig entschieden worden ist.

Entscheidungsgründe

zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 13. April 1858.

Die Oberappellanten sind durch die Urtheile der beiden vordern Instanzen nicht beschwert.

Beide Theile sind darüber einig, daß der Kläger den Beklagten ein Haus und verschiedene Güterstücke, welche er am 22. März 1852 aus ihrer Vollstreckungsmasse für 3975 fl. zu 5 pCt. verzinslich ersteigert hatte, nebst zwei weitern Grundstücken, welche er am 25. Juli 1852 von jung David Giesin für 307 fl. 30 kr. ebenfalls zu 5 pCt. verzinslich erkauft hatte, unter der Bedingung zur Benützung überließ, daß sie ihm alle Auslagen für Kaufaccis, Sporteln, Kosten für die Staatsgenehmigung zur Erwerbung der Liegenschaften, die Kosten für Reparatur am Haus u. s. w. ersetzen, bis zum Ersatz mit 5 pCt. verzinsen und ebenso vom Kauftage an den Zins aus dem Kaufpreis mit 5 pCt. bezahlen.

Ferner stimmen beide Theile darin überein, daß die Beklagten vom Kläger die weitere Zusage erhielten, daß er ihnen die sämmtlichen Liegenschaften eigenthümlich abtreten wolle, wenn sie ihm alle seine Auslagen einschließlich des Kaufpreises und der Zinsen bezahlt haben werden, wobei ausdrücklich bestimmt wurde, daß bis zur vollstän-

digen Zahlung der Kläger Eigenthümer bleiben und die Beklagten nur als Pächter gelten sollen.

Hiernach besteht das Rechtsverhältniß, welches zwischen beiden Theilen stattfindet

1) in einem Bestandvertrag.

Der Kläger räumte den Beklagten die Inhabung und den Genuß der Liegenschaften ein, und sie machten sich dagegen verbindlich, ihm als Bestandzins jährlich 5 pCt. aus dem von ihm bezahlten Kaufpreis zu zahlen, ihm seine sonstigen Auslagen zu ersetzen und bis zum Ersatz mit 5 pCt. zu verzinsen. Die Dauer dieses Bestandvertrags wurde von beiden Theilen zum Voraus nicht festgesetzt, der Kläger begehrt nun aber die Auflösung desselben, weil die Beklagten den übernommenen Verbindlichkeiten nicht nachgekommen seien.

Die Beklagten mußten auch zugeben, daß sie dem Kläger noch einen Zinsrückstand aus dem Kaufschilling mit 77 fl. 6 kr. und für Reparaturkosten und sonstige Auslagen 248 fl. 37 kr. schulden. Sie konnten nicht bestreiten, daß sie in das gemiethete Haus keinen genügenden Hausrath eingebracht haben, und daß sie nicht im Stande sind, dem Kläger sonstige Sicherheit zu bieten, sie mußten sogar einräumen, daß ihnen auf Andringen anderer Gläubiger schon öfters Fahrnisse gepfändet wurden, welche nicht ihnen, sondern dem Kläger gehörten, woraus hervorgeht, daß ihre Vermögensverhältnisse zerrüttet sind.

Es kann daher nach Ansicht der L.R.S. 1184. 1741. 1752. 1766 keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger vollkommen berechtigt erscheint, die Auflösung des Bestandvertrags zu begehren, und es ist durchaus kein Grund vorhanden, den Beklagten zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten etwa noch eine Frist zu bewilligen, da solche voraussichtlich doch erfolglos bleiben würde.

Es kann auch darauf nichts ankommen, ob der Kläger, wie die Beklagten behaupten, ihnen bei der Verpachtung der Güter bemerkte, daß er dieselben unter gleichen Bedingungen auch ihren Kindern überlassen würde, denn damit hätte er ihnen nicht mehr zugesagt, als was sich nach L.R.S. 1122 und 1742 von selbst verstanden hätte, in keiner Weise aber könnte hierin ein Verzicht auf das Recht erblickt werden, die Auflösung des Vertrags für den Fall zu begehren, daß die Beklagten ihren Verbindlichkeiten nicht nachkommen.

Zudem hätte der Kläger gar nicht nöthig gehabt, die Auflösung des Bestandvertrags, für welchen keine bestimmte Dauer festgesetzt war, bei Gericht zu begehren, sondern er hätte solchen einfach aufkündigen und nach abgelaufener Aufkündigungsfrist ohne Weiteres die Herausgabe der Güter verlangen können.

L.R.S. 1736—1739. 1758. 1759. 1774—1776.

Da aber die Klage zugleich die Aufkündigung des Bestandvertrags enthält und seither beinahe zwei Jahre verflossen sind, so erscheinen die Beklagten auch aus diesem Grunde durch die Bestimmung unter I. der Urtheile der vordern Instanzen nicht beschwert.

Das zwischen beiden Theilen stattfindende Rechtsverhältniß besteht ferner

2) in einem Verkaufsversprechen, welches die Beklagten vom Kläger erhalten haben. Der Kläger übernahm nämlich den Beklagten gegenüber die Verbindlichkeit, ihnen die in der Klage bezeichneten Güter eigenthümlich zu überlassen, sobald sie ihm den von ihm ausgelegten Kaufpreis und seine sonstigen Auslagen mit Zins ersetzt haben würden. Die Beklagten nahmen dieses Versprechen des Klägers zwar entgegen, verpflichteten sich jedoch damit noch nicht, den vom Kläger geforderten Kaufpreis wirklich zu zahlen, sondern es wurde lediglich ihrem Gutfinden anheimgegeben, ob und wann sie solchen zahlen und damit den Kaufvertrag eingehen wollten.

Es lag also nur ein einseitiger Vertrag vor, indem nur der Kläger eine Verbindlichkeit übernahm und die hier in Frage stehende Verkaufszusage fällt demnach nicht unter den L.R.S. 1589, welcher voraussetzt, daß die beiderseitigen Contrahenten Verbindlichkeiten übernehmen, der Verkäufer nämlich die Verbindlichkeit, die Sache zu übergeben, und der Käufer die Obliegenheit, den Kaufpreis zu zahlen.

Da der Kläger die Verpflichtung, den Beklagten die in der Klage bezeichneten Liegenschaften um einen gewissen Preis zu verkaufen, ohne Beschränkung auf eine gewisse Zeit eingegangen hatte, so konnte er zwar nicht willkührlich von seinem Versprechen wieder abgehen, allein er konnte verlangen, daß den Beklagten eine bestimmte Frist gesetzt werde, innerhalb welcher sie die Bedingungen, an welche das Verkaufsanerbieten geknüpft war, zu erfüllen hätten, widrigenfalls sein Verkaufsversprechen aufgehoben sein sollte. Wenn er auch sein Verkaufsanerbieten nicht zum Voraus an eine bestimmte Zeit knüpfte, so läßt sich doch nicht denken, daß er sich dadurch in der Dispositionsbefugniß über sein Eigenthum für alle Zeiten beschränken

wollte, und es könnte im äußersten Falle nach Analogie des L.R.S. 1660 eine derartige Beschränkung nur auf fünf Jahre angenommen werden.

Diese Frist ist aber bereits umlaufen ꝛc.

D. R.

III.

Verschleierte Schenkung.

1) Um unter Lebenden zu schenken oder letzte Willensverordnungen zu machen, muß man bei gesundem Verstande sein. L.R.S. 901.

2) Der L.R.S. 504 bezieht sich nicht auf Schenkungen unter Lebenden und letzte Willensverordnungen.

3) Wenn eine Schenkung, wegen Unfähigkeit des Gebers, annullirt werden muß, so erstreckt sich die Ungültigkeit nothwendig auf den ganzen Umfang des Vertrags, weil solcher nicht theilbar ist. L.R.S. 1218.

4) Letzte Willensverordnungen, auch wenn sie vom Richter für nichtig erklärt sind, bleiben doch immerhin als Thatsachen stehen.

Leist gegen Galetti.

Am 10. Juli 1852 verstarb der pensionirte Amtmann G. Leist mit Hinterlassung eines Sohnes und einer Tochter, verehelichte Galetti, zwischen welchen sich wegen der väterlichen Verlassenschaft mehrere Streitigkeiten entspannen.

Der Prozeß, von welchem hier die Rede ist, hatte zwei von dem Verstorbenen unterm 3. und 29. Januar 1850 zu Gunsten seiner Tochter errichteten Testamente und einen mit dieser abgeschlossenen Verpflegungsvertrag vom 21. Februar 1852 zum Gegenstande.

Die Testamente wurden durch untergerichtliches Urtheil vom 2. Mai 1856 wegen formeller Gebrechen für nichtig erklärt, wobei sich die Beklagte beruhigte. Dasselbe Urtheil hat aber den Kläger mit dem weiteren Begehren, auch den Verpflegungsvertrag vom 21. Februar 1852 für nichtig zu erklären, schlechthin abgewiesen.

Dieser Vertrag, wodurch der Beklagten für die Verpflegung ihres Vaters neben freier Kost, Wohnung und Kleidung täglich 3 fl. zugesichert wurden, war in der Klage als Scheinvertrag, als verschleierte Schenkung zum Nachtheil des Klägers bezeichnet, wozu der Erblasser, sowohl wegen seines hohen Alters (von beinahe 90 Jahren) als auch wegen totaler Geistes- und Gedächtnißschwäche, nicht mehr fähig gewesen sei (L.R.S. 901), wie durch Zeugen zu beweisen versucht worden ist.

Die Beklagte zog die Klagbehauptungen in Widerspruch, berief sich auf L.R.S. 504. 1156a und erklärte den gegentheiligen Beweis für mißlungen.

Auf die von dem Kläger gegen die untergerichtliche Abweisung eingewandte Appellation wurde der angefochtene Verpflegungsvertrag durch hofgerichtliches Urtheil vom 21. Oktober 1857 ebenfalls für ungültig erklärt, wogegen nun die Beklagte oberappellirte. Allein das Urtheil zweiter Instanz erhielt am 9. April l. J. die oberhofgerichtliche Bestätigung.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagte ist durch das hofgerichtliche Urtheil nicht beschwert, indem, wie in den Entscheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Beweis- und Enderkenntniß bereits ausgeführt wurde,

1) das „Schuldbekenntniß" und der „Verpflegungsvertrag" vom 21. Februar 1852 als eine verschleierte Schenkung betrachtet, daher nach der Regel des L.R.S. 901 beurtheilt, ferner auch

2) für erwiesen angenommen werden muß, daß der Vater der streitenden Theile, der pensionirte Amtmann Gerhard Leist, zur Zeit der Ausstellung der Urkunde nicht bei gesundem Verstande, also nicht fähig war, eine gültige Schenkung zu machen.

Alles aber, was zur Widerlegung dieser Beurtheilung des vorliegenden Verhältnisses geltend gemacht wurde, erscheint nicht begründet.

Namentlich hat der urtheilende Gerichtshof

ad 1) keineswegs die Vorschrift des L.R.S. 1156a verletzt, wenn er zur mehreren Feststellung der wahren Vertragsabsicht die für ungültig erklärten Testamente vom 3. und 29. Januar 1850 mitbenützte. Denn, wäre die Urkunde vom 21. Februar 1852 nicht für sich schon geeignet, die Ueberzeugung hervorzurufen, daß dem darin enthaltenen Versprechen eine andere als die vorgegebene Ursache zum Grunde liege, so bliebe es wenigstens nach ihrem eigenen Inhalte unerklärlich, wie ein Vater dazu hätte kommen sollen, seiner Tochter für die bloße

Pflege und Abwartung, außerdem daß sie Wohnung und Kost bei ihm hatte, noch einen so übermäßigen, seine eigenen Einkünfte übersteigenden Lohn von 3 fl. für jeden Tag zu versprechen.

Es kann auch die Berücksichtigung des Inhaltes der Testamente nicht als ein Widerspruch bezeichnet werden, weil, wenn dieselben durch die Ungültigkeitserklärung ihre rechtliche Wirksamkeit verloren haben, sie doch immerhin als Thatsachen stehen blieben.

Ebensowenig läßt sich die Behauptung rechtfertigen, es sei der Vertrag jedenfalls in so weit nicht als eine Schenkung, sondern als ein belasteter Vertrag zu betrachten und unter allen Umständen aufrecht zu erhalten, als der darin zugesagte Lohn den geleisteten Diensten entsprechend sei. Hat nemlich der Vertrag eine Schenkung zum Gegenstand, die für ungültig erklärt werden muß, so erstreckt sich die Ungültigkeit nothwendig auf dessen ganzen Umfang, weil daraus nicht ersichtlich ist, daß der Aussteller der Urkunde, ohne die Absicht zu schenken, seiner Tochter für die ihm geleistete und zu leistende Pflege einen Lohn zugesagt haben würde.

ad 2) Was den Beweis einer, die Willensfreiheit ausschließenden, dem Erforderniß „gesunden Verstandes" entgegengesetzten, nahebei vollständigen Geistesschwäche (Blödsinn) betrifft, wie sich derselbe aus den in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen zusammengestellten Aussagen der abgehörten Zeugen unzweifelhaft ergibt, so beruft sich die Beklagte, Oberappellantin, vergebens auf die Aussage des Zeugen Dr. Kleinschmidt und auf ein von demselben früher aufgestelltes schriftliches Gutachten, um darzuthun, daß dieser Zustand erst in den drei letzten Monaten vor dem Tode des Amtmanns Leist, also nach dem 21. Februar 1852 eingetreten sei. Denn es hat derselbe in seinen Antworten auf Art. 3 und 4 und die dazu gehörigen Fragestücke nicht erklärt, daß die Schlaganfälle, in Folge deren die Geistesschwäche eintrat, erst in den drei letzten Monaten stattgefunden haben, sondern daß Amtmann Leist im Jahre 1852 bis zu den 2 oder 3 letzten Monaten mehrfache apoplektische Zufälle hatte, weßhalb derselbe in diesem Jahre mehr nur körperlich vegetirte, als geistig lebte. Ein vor der eidlichen Abhör des Zeugen abgegebenes Gutachten aber könnte dessen gerichtlichen Aussagen nicht entgegengestellt werden.

A. d. Gr. rc.

D. R.

IV.

1) Die Desertion eines Badners aus fremden Kriegsdiensten bildet für die badischen Gerichte kein strafbares Vergehen.
2) Wenn der Deserteur bei seiner Flucht Montur- und Armaturstücke mitgenommen hat, so liegt darin unter Umständen eine strafbare Unterschlagung.

Entscheidungsgründe
zum Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 5. September 1857.

J. U. S. gegen Karl Herr von Ortenberg.

Der Angeschuldigte, 26 Jahre alt, kath. Religion, ohne Vermögen und als arbeitsscheu bezeichnet, hatte früher in der englisch-deutschen Legion gedient, und trat am 28. Januar l. J. als Soldat in die Kriegsdienste der freien Stadt Frankfurt, aus denen er schon am 2. Aug. l. J. desertirte.

Soweit damit das Vergehen der Desertion und des Bruches des Fahneneids verübt wurde, kann dieß nach badischen Gesetzen nicht bestraft werden, da nach St.G.B. §. 504 nur der Bruch des besondern Versprucheides, nicht aber jener des hier in Frage stehenden allgemeinen Versprucheides (Diensteides) ein eigenes Verbrechen bildet, und da die Desertion eines Badners aus fremden Kriegsdiensten weder im St.G.B., noch in den zufolge §. 5 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 daneben geltenden Strafgesetzen mit Strafe bedroht ist, weßhalb sie gemäß §. 1 St.G.B. auch keine strafbare Handlung ausmacht, vielmehr sogar zufolge L.R.S. 21 der Eintritt in fremde Kriegsdienste ohne besondere Erlaubniß des Staatsherrschers den Verlust der Staatsbürgerrechte nach sich zieht. (Vrgl. auch Art. 4 der Bundes-Cartel-Convention vom 3. März 1831 Reg.Bl. No. VI.). Allein das Kriegszeugamt der freien Stadt Frankfurt hat auch angezeigt, daß der Angeschuldigte bei seiner Entfernung verschiedene Montur- u. Armaturstücke im Werthe von 31 fl. 11 kr. zum Nachtheil des Frankfurter Aerars unterschlagen habe, wobei es den Antrag auf Untersuchung und Verurtheilung zum Ersatze stellte. Dieß Vergehen kann nun gemäß St.G.B. §§. 4. 400 ff. auch bestraft werden, wenn es ein Badner im Auslande verübte.

Der Zweifel, ob der Angeschuldigte jene Gegenstände

nicht blos zum Zwecke der Bewerkstelligung seiner Flucht mitgenommen habe, beseitigt sich dadurch, daß er nach der Ankunft in seiner Heimath den, jedenfalls ohne Noth mitgenommenen, Militärmantel an Ferdinand Benz veräußerte, wie dieser bezeugt und der Angeschuldigte zugibt.

Daraus läßt sich überdieß auch entnehmen, daß der Angeschuldigte sich ebenso, wie den Mantel, auch die übrigen Gegenstände in der Absicht einer Unterschlagung zugeeignet hat. St.G.B. §. 402. 400.

Wenn er behauptet, die nicht beigebrachten Gegenstände in Frankfurt zurückgelassen zu haben, so verdient dieß nach den dortigen Erhebungen keinen Glauben, und da der Angeschuldigte anfänglich auch das Mitnehmen des Mantels unter Berufung auf einen Zeugen leugnete, und widersprechende Angaben bezüglich der andern Effekten machte, auch die Revision der Effekten des Angeschuldigten nicht erst, wie er vorgibt, einige Tage nach seiner Entweichung, sondern unmittelbar darnach am Morgen des 2. August l. J. stattfand, mithin eine Entwendung durch Andere nicht wohl möglich ist, so muß man auch hier eine Unterschlagung als erwiesen ansehen.

Aus diesen Gründen und gemäß St.G.B. §. 403. Z. 2. St.Pr.O. §. 333. 351. §. 1 des Gesetzes vom 6. März 1845 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, sowie gemäß L.R.S. 1382 wurde, wie geschehen, erkannt. X.

V.

Condictio sine causa.

1) Die für den Schuldner durch einen Dritten geleistete Zahlung ist giltig.

2) Eine solche Zahlung kann der Dritte nicht aus dem Grunde eines Irrthums wieder zurückfordern.

Ein gewisser E. Wunsch hatte ein Gasthaus in Rastadt für 13,000 fl. gekauft, wovon alsbald 3000 fl. abgetragen werden sollten. Diese Summe ist dem Käufer von einem Dritten als Darlehen zugesagt und in dem vertragsmäßigen Termin unmittelbar an den Verkäufer gesendet worden, welcher sie als Zahlung auf den Kaufschilling angenommen hat.

Nachdem E. Wunsch später in Vermögenszerfall gerathen war, wurde der Verkäufer von dem Darleiher auf Rückerstattung der empfangenen 3000 fl. belangt, weil er solche ohne Grund besitze. Allein die Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz fielen zum Nachtheile des Klägers aus, welcher sich im dritten Rechtszuge hauptsächlich darauf stützte, daß er dem E. Wunsch das Darlehen nur gegen Bewilligung der ersten Hypothek auf dem erkauften Gasthause zugesagt, und daß er die 3000 fl. dem Verkäufer nur in der Unterstellung übersendet habe, derselbe werde von der gedachten Bedingung unterrichtet und damit einverstanden sein, indem dann diese 3000 fl. allerdings von ihm als Zahlung für Wunsch hätten angesehen werden können. Da nun das Rechtsgeschäft, wovon die Geldsendung nur als ein thatsächlicher Bestandtheil zu betrachten wäre, nicht zu Stande gekommen sei, so habe der Beklagte die ihm übersendete Geldsumme, wie von Anfang an immer nur **thatsächlich**, d. h. ohne Rechtsgrund besessen.

Der Beklagte bezeichnete aber dieses Vorbringen als eine völlig unzulässige Klagänderung und zog dasselbe zugleich in Widerspruch mit dem Bemerken, daß er von der angeblichen Bedingung keine Kenntniß erhalten, vielmehr das Geld als vertragsmäßig bedungene Abschlußzahlung für E. Wunsch in Empfang genommen habe, ohne für den weitaus größeren Rest von 10,000 fl. auf sein Vorzugsrecht zu Gunsten des Klägers zu verzichten.

Am 25. Februar l. J. wurden die vordergerichtlichen Urtheile, wodurch die Klage abgewiesen ist, in dritter Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Mit der erhobenen Klage wird von dem Beklagten die Rückerstattung einer Summe von 3000 fl. verlangt, weil er solche ohne alle Rechtsursache besitze. Diese Klage ist jedoch nach den thatsächlichen Verhältnissen, wie solches im Laufe der Verhandlungen festgestellt wurde, nicht begründet. Nach diesem hatte der Kläger dem E. Wunsch in Rastadt ein Darlehen von 3000 fl. zugesagt und wissend, daß Wunsch für das erkaufte Deutschheimwirthshaus dem Beklagten, als Verkäufer, die Kaufsumme schuldete, diesem den Darlehensbetrag zusenden lassen. Dadurch hat Kläger die dem Wunsch gegebene Darlehenszusage vollzogen, damit die verfallene Kaufschillingsschuld getilgt und offenbar auch tilgen wollen. Für einen andern Grund der Zusendung des Gelds an den Beklagten liegt auch nicht der entfernteste Anhaltspunkt vor.

Daß diese für E. Wunsch geleistete Zahlung auf eine

unbestrittenermaßen bestehende Schuld desselben eine rechtsgiltige war, kann nach L.R.S. 1236 keinem Zweifel unterliegen.

Kläger behauptet zwar, daß er dem E. Wunsch das Darleihen nur unter der Bedingung zugesagt habe, wenn ihm die erste Hypothek auf das erwähnte Wirthshaus bewilligt würde, und daß er nur unter dieser Voraussetzung so wie in der Unterstellung, daß der Beklagte, von welchem die Erfüllung dieser Bedingung abhängig gewesen sei, damit einverstanden sein würde, das Geld demselben übersendet habe; allein daraus kann eine Verpflichtung des Beklagten zur Rückerstattung nicht erwachsen, weil, wenn der Kläger in seiner Voraussetzung sich irrte und die Darlehenszusage in obiger Weise erfüllte, ohne sich zu vergewissern, ob er das, was er sich von dem Anleiher ausbedungen hatte, auch erhalten werde, dies denjenigen, welcher das Darleihen als Zahlung erhielt, nicht berührt, letzterer vielmehr hinsichtlich dieses Verhältnisses lediglich als dritte Person erscheint. Daß aber dem Beklagten das Geld nur unter der Bedingung der Einräumung des ersten Unterpfandsrechts zugeschickt wurde, ist nicht behauptet, vielmehr zugegeben, daß dieß nicht geschah.

Hiernach besitzt der Beklagte die fraglichen 3000 fl. keineswegs ohne Rechtsursache 2c.

D. R.

VI.

1) Beweis der Aechtheit eines eigenhändigen Testaments durch Schreibverständige und Zeugen. (vrgl. Annalen XVII. S. 216.)

2) Widerruf einer letztwilligen Verfügung.

In Sachen des Augustin Hug und Genossen gegen Mathias Bäurer und dessen Ehefrau, Franziska geb. Hug, wurden die Kläger mit ihrer Klage auf Theilung der Verlassenschaft der verstorbenen Anton Butscher's Wittwe nach gesetzlicher Erbfolge in allen Instanzen abgewiesen und zwar vom großh. Oberhofgericht durch Urtheil vom 12. Mai v. J. aus folgenden Gründen:

Es handelt sich hier nur um die Frage: ob die Hinterlassenschaft der verstorbenen Anton Butscher's Wittwe, Juliana geb. Klopfer nach gesetzlicher Erbfolgeordnung zu vertheilen sei, oder ob solche in Folge des eigenhändigen letzten Willens vom 20. November 1850 der beklagten Franziska Bäurer, geb. Hug, allein zufalle.

Da die Kläger, welche die gesetzliche Erbfolge in Anspruch nehmen, die Aechtheit des Testaments bestreiten, so kömmt es zunächst auf den Beweis derselben an. Mit Recht haben aber schon die Richter der vordern Instanzen diesen Beweis als vollständig erbracht angesehen.

Die Schreibverständigen haben ihr, mit überzeugenden Gründen versehenes Gutachten dahin abgegeben, daß das Testament ganz von der Hand der Erblasserin geschrieben und unterschrieben sei.

Die beiden Zeugen Schneider und Bogenschütz hörten aber nach ihren eidlichen Aussagen aus dem Munde der Juliane Klopfer, daß sie die Franziska Hug durch Testament als ihre Universalerbin eingesetzt habe. Dem Bürgermeister Schneider zeigte die Erblasserin hiebei ihr Testament, worin verfügt war, daß die Franziska Hug ihre alleinige Erbin sei, und es bestätigt dieser Zeuge, daß die ihm gezeigte Urkunde ganz das Aussehen gehabt habe, wie der hier in Frage stehende letzte Wille, daher er beinahe mit Gewißheit behaupten könne, daß es eine und die nemliche Urkunde mit diesem gewesen sei.

Faßt man diese Beweise zusammen, so muß man sich von der Aechtheit des Testaments vollkommen überzeugt halten.

Wenn aber die Kläger unter Berufung auf L.R.S. 1038 behaupten wollen, daß die Erblasserin ihre letzwillige Verfügung durch die Liegenschafts- und Fahrnißverkäufe vom 6 März 1854 widerrufen habe, so steht dem entgegen, daß dieselbe in dem Testamente vom 20. November 1850 der Franziska Hug nicht die nachher verkauften Liegenschaften und Fahrnisse, sondern ihr sämmtliches Vermögen vermacht hat. Ein derartiges Vermächtniß, welches alles das, aber auch nur das umfaßt, was zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden ist, wird durch die Veräußerung einzelner Liegenschaften oder Fahrnisse niemals widerrufen.

Hgr.

VII.

L.R.S. 2198.

Kann der Auszug, welchen das Gewährgericht in Folge der Instruction von 1824 nach dem Eintrag eines Kaufs zum Grundbuch an das Amts-

revisorat einzusenden hat, die Stelle des im L.R.S. 2198 erwähnten Zeugnisses vertreten, mit der Wirkung, daß die Liegenschaft von den in jenem Extracte ausgelassenen Vorzugslasten in den Händen des neuen Erwerbers befreit wird?

Annalen XXIII. 17.

Wagner gegen Herrmannsperger.

Die mit einer Pfandklage belangten Besitzer von erkauften Liegenschaften suchten sich durch die Einrede zu schützen, daß der Gemeinderath zu Sulzfeld nach Eintragung ihrer Rechtsurkunden zum Grundbuche in den an das großh. Amtsrevisorat eingesendeten Auszügen aus den Grund- und Unterpfandsbüchern das hier in Frage liegende Vorzugsrecht verschwiegen oder ausgelassen hätte, und daß sie nach Maaßgabe der ihnen vom Gemeinderathe zugefertigten Verweisung des Kaufschillings diesen auch bezahlt hätten, wodurch eine Erlöschung des Vorzugsrechtes im Sinne des L.R.S. 2198 eingetreten sei.

In erster Instanz wurden die Kläger schlechthin abgewiesen, in zweiter die Beklagten nach Anleitung des L.R.S. 2168 verurtheilt und in dritter die Letzteren zum Beweis ihrer Einrede zugelassen.

Die Entscheidungsgründe zu dem deßfallsigen Erkenntnisse vom 25. Januar l. J. lauten dahin:

„Das großh. Hofgericht hat dieser Einrede keine weitere Folge gegeben, weil es dieselbe nicht für begründet erachtete. Nach der Ansicht des diesseitigen Gerichtshofes ist dieselbe jedoch allerdings rechtlich begründet, weil das von dem Gewährgericht in Folge der Instruction von 1824 nach dem Eintrag des Erwerbs zum Grundbuch von Amts wegen ertheilte Zeugniß ganz den in S. 2198 bezeichneten Zweck erfüllen soll, den Erwerber von den auf der Liegenschaft etwa haftenden Lasten zum Zweck des Entlastungsverfahrens, oder aber von der Freiheit von Lasten und der dadurch für den Erwerber bewirkten Unverfänglichkeit der Zahlung des Kaufschillings in Kenntniß zu setzen, und wenn nun letzteres in Folge der Anweisung des Gewährgerichts stattgefunden haben sollte, auch die vom Gesetz unbedingt ausgesprochene Befreiung der Liegenschaft selbst von verschwiegenen Lasten eintreten muß ꝛc.“

D. R.

VIII.

Ehescheidungssache.

1) Ist wegen Lebensgefährlichkeit, harter Mißhandlung oder grober Verunglimpfung die Ehescheidung nachgesucht, so kann das Gericht, statt die Scheidung sogleich zuzulassen, dem klagenden Theil gestatten, vorerst von dem andern Ehegatten ein Jahr getrennt zu leben.

2) Die Gestattung des Prüfungsjahres findet jedoch nur dann Platz, wenn die Scheidungsklage gehörig erwiesen ist.

Bott gegen Bott.

Im ersten Jahre der Verehelichung wurde von der Frau wegen Lebensgefährlichkeiten, harten Mißhandlungen und groben Verunglimpfungen auf Scheidung geklagt und, nachdem sie mit der Klage, wegen Mangels am Beweise, abgewiesen worden war, in der Recursinstanz der eventuelle Antrag gestellt, eine den L.R.S. 259 und 260 entsprechende Trennung zu verfügen.

Das Recursgericht ging jedoch nicht auf diesen Antrag ein und bestätigte das hofgerichtliche Urtheil.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 7. Dezember 1857.

In Erwägung, daß das hofgerichtliche Urtheil aus den demselben beigefügten Gründen, auf welche hiermit verwiesen wird, vollständig gerechtfertigt erscheint;

In Erwägung, daß der von der Klägerin eventuell gestellte, auf die L.R.S. 259 und 260 gestützte Antrag, sie zu einer Trennung vom Beklagten auf die Dauer eines Jahres zu ermächtigen, unbegründet ist, weil jene gesetzlichen Bestimmungen, wornach das Gericht zur Herbeiführung einer Aussöhnung der Eheleute ein Prüfungsjahr gestatten darf, nur in dem Falle Anwendung finden, wenn eine Scheidungsklage gehörig erwiesen ist, dieser Fall aber hier nicht vorliegt;

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 12.**

I.

Schwurgerichtsfall über versuchte Selbstbefreiung und Körperverletzung mit dem Erfolg unheilbarer Krankheit und bleibender Arbeitsunfähigkeit. Fragestellung.

Jakob Leu von Bargen, Kantons Schaffhausen, welcher durch Urtheil des Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 19. Mai 1854 wegen versuchten dritten Diebstahls und Bruchs der Landesverweisung zu 1 Jahr und 9 Monaten Zuchthaus verurtheilt worden war, sollte auf Anordnung des Bezirksamtes Jestetten vom 26. Mai 1854 zur Straferstehung in die Strafanstalt nach Freiburg abgeliefert werden. Am 30. Mai 1854, auf dem Wege von Bonndorf nach Neustadt, wo er ungeschlossen durch den zu Bonndorf stationirten Gendarmen Hillenbrand transportirt wurde, in der Nähe der s. g. Kappeler Brücke, überfiel Leu, der bisher auf dem Transport ordnungsmäßig sich benahm, plötzlich den einige Schritte hinter ihm hergehenden Transportanten, faßte ihn an den Armen, die er ihm gerade abwärts gerichtet festhielt, drückte den Oberkörper des Gendarmen an sich hin, und suchte diesen zu heben und über den Straßenrain hinunter zu werfen, wogegen sich der Gendarm, der den Leu ebenfalls erfaßte, mit aller Kraft sträubte. Leu fuhr mit seinem rechten Fuße zwischen die Füße des Gendarmen, worauf Beide zu Boden fielen und im Ringen über den 6 Fuß hohen Straßenrain hinabkamen, auf einen mit Waldsteinen verschiedener Größe, dürrem Reisig und Aesten bedeckten Waldboden, wo sie, miteinander ringend, eine Strecke weit fortrollten, bis sie durch das Gesträuch aufgehalten wurden. Hier kam Leu auf den Gendarmen zu liegen; während er diesen mit den Knieen auf den Boden hindrückte und mit der linken Hand den Hals desselben festhielt, ergriff er mit der andern Hand einen der in der Nähe umherliegenden großen Steine und schlug ihn damit wenigstens dreimal mit voller Kraft zuerst auf die Stirne, dann oben auf den Kopf mit den Worten: „Jetzt bist fertig Hund!" und „Jetzt ist's fertig." Nach diesen Streichen, auf welche dem Gendarmen das Blut über das Gesicht herunterrann, griff Leu nach dem Seitengewehre (Yatagan) desselben, zog es aus der Scheide und hielt es, die Spitze abwärts gekehrt, drohend gegen die linke Seite des Gendarmen, wie wenn er ihn erstechen wolle. Um sich aus dieser gefahrvollen Lage zu retten, rief der Angegriffene um Hilfe, wie wenn Jemand die Straße daher gelaufen käme, und als Leu auf diesen Ruf sich umsah, gelang es dem Gendarmen, diesen Augenblick benützend, durch einen raschen Ruck sich mit seinem Angreifer aus dem Gesträuche herauszuwinden, worauf Beide, im Ringen abwärts purzelnd, durch den Widerstand der umherliegenden größeren Steine plötzlich von einander losgerissen wurden und vom Boden aufsprangen. Leu stellte sich nun, das Seitengewehr (Yatagan) in der Hand, gegen den Gendarmen, dieser aber befahl ihm, sich umzukehren mit der Drohung, ihn zusammenzuschießen, indem er das Gewehr, welches er bisher immer noch im Besitze behielt, auf denselben anschlug. Leu, als er bemerkte, daß das Zündhütchen herabgefallen war, machte mit dem Seitengewehre eine Bewegung gegen den Gendarmen, welche dieser ihm durch einen Schlag mit dem Gewehre auf den Kopf erwiederte. Die hierdurch augenblicklich eingetretene Betäubung Leu's, der den Kopf hängen ließ und in die Knie sank, benützte der Gendarm, indem er ihn mit beiden Händen an der Brust, an den Kleidern packte, mit dem Fuße zwischen die Knie hineinfuhr und ihn zu Boden stürzte. In dieser Lage entriß der Gendarm dem Leu das Seitengewehr (Yatagan), welches er schnell auf das Gewehr aufsetzte. Als Leu sich

unterdessen wieder aufgerafft hatte, machte er, während der Gendarm ein Zündhütchen aus der Patrontasche herausnehmen wollte, einen nochmaligen Angriffsversuch auf denselben, welcher aber durch einen Schlag, den ihm der Gendarm mit dem Gewehre auf den linken Arm versetzte, vereitelt wurde, worauf Leu sich endlich ergab und der Transport bis nach Neustadt ordnungsmäßig fortgesetzt wurde, wo der Gendarm ohne Kopfbedeckung, Kopf und Gesicht mit Blut bedeckt, die Hosen mit Straßenkoth beschmiert, die Patrontasche und der Waffenrock, an welchem auf der rechten Seite die Epaulette fehlte, bis an den Halskragen mit Blut bespritzt, dem Bezirksamte den Leu vorführte und von obigem Vorfalle Anzeige machte, die von ihm nachher eidlich bestätigt wurde.

Von dem Dienstknecht Dionys Zimmerer wurde sofort der Helm, die rechte Epaulette, weißen Handschuhe, Portmonnaie mit etwas Geld, ein Cigarrenröhrchen und Feuerzeugbüchschen, ein Sacktuch und Schlüssel, alles dem Gendarmen gehörig, sowie der Ueberrock und Hut des Leu dem Bezirkamt überbracht. Der Helm hatte auf der rechten Seite einen faustgroßen Eindruck und war theilweise mit Straßenkoth beschmiert, ebenso der Ueberrock des Leu an verschiedenen Stellen. Dionys Zimmerer, der in der Nähe des Kampfplatzes arbeitete, ohne jedoch den Vorfall gehört zu haben, hob diese Gegenstände auf Aufforderung des den Leu vom Kampfplatze nach Neustadt transportirenden Gendarmen auf. Der Helm lag am Straßenrain, einige Schritte von der Straße ab, der Ueberrock auf dem Straßenrain, die übrigen Gegenstände lagen in einem Umfange von 3 bis 4 Schritten im Walde zerstreut umher.

Gendarm Hillenbrand, ein mittelgroßer, schlanker, kräftig gebauter Mann, von jetzt 32 Jahren, wurde von den Gerichtsärzten in Neustadt untersucht und nach ihrem Befundsberichte vom 31. Mai 1854 bestunden die Verletzungen desselben in Folgendem:

1) auf dem Scheitel in Mitte der Pfeilnath eine ¾ Zoll im Durchmesser haltende Quetschung, in deren Mitte eine 2 Linien lange, 1 Linie tiefe Wunde mit gequetschten Rändern;
2) auf dem linken Stirnhöcker eine ¾ Zoll lange, ½ Zoll breite, ovale Anschwellung der Weichtheile, welche leicht geröthet waren;
3) in Mitte der Stirne (auf der Glabella) eine Anschwellung von etwas geringerem Umfange, aber von derselben Form und Beschaffenheit wie die vorige;
4) im Gesichte einige leichte Einrisse, Excoriationen der Oberhaut von geringerem Umfange;
5) auf dem linken Schulterblatte einige ganz geringe, röthliche Anschwellungen und Abschärfungen der Haut.

Das Allgemeinbefinden des Verwundeten war nicht erheblich gestört; es wurde ihm ruhiges Verhalten und magere Kost empfohlen, kalte Umschläge auf den Kopf und eine kühlende Arznei verordnet.

Am folgenden Tage beklagte sich derselbe blos über große Mattigkeit und Zerschlagenheit aller Glieder, was als eine Folge des mit Lebensgefahr bestandenen Kampfes betrachtet wurde.

Die Gerichtsärzte erklärten:

Die sub. No. 1. 2 und 3 beschriebenen Verletzungen seien, ihrer Beschaffenheit nach, mit einem stumpfen Werkzeuge — runden Steine — beigebracht worden; sie seien, als sie zugefügt worden, mit keiner Hirnerschütterung verbunden gewesen, da Vulnerat stets bei vollem Bewußtsein geblieben.

Die sub. No. 4 und 5 angegebenen Beschädigungen möchten theils durch das zu Bodenfallen, theils durch den Kampf im Gebüsche entstanden sein. Nach den Wirkungen dieser Verletzungen gehe daraus weder eine Lebensgefahr, noch ein bleibender Schaden, sondern nur eine Dienstuntauglichkeit (Arbeitsunfähigkeit) für den Vulneraten hervor.

Auch Jakob Leu, ein großer hagerer Mann, von festem Knochenbau und straffer Muskulatur, wurde von den Gerichtsärzten untersucht und hat man nach ihrem Befundberichte mehrere Verletzungen gefunden.

Von dem Bezirksamt wurde am 31. Mai 1854 an Ort und Stelle Augenschein vorgenommen, welcher ergab, daß unterhalb dem steilen, 6 Fuß hohen Straßenraine, zwischen einer Baumgruppe, ein mit Moos bedecktes Steinlager verrammelt, unordentlich aufgerieben, Steine bei Seite geschoben, ein Baumstamm in der Höhe von einem Schuh abgerieben und der Boden theilweise aufgetreten war. Bei dem Baumstamme lagen zu beiden Seiten größere Steine. Einer von diesen Steinen, auf der linken Seite des Baumstammes, war auf der einen Seite mit frischem Blut bespritzt und beschmiert; unter diesem Steine war eine mit Moos bedeckte Stelle blutroth gefärbt, ebenso ein kleiner dürrer Reisast, in dessen Ritze

ein langes braunes Haupthaar sich befand. In der Nähe des Baumstammes lag ein länglicher, ziemlich hoher, 8 Pfund ¼ Loth schwerer Stein, auf dessen Oberfläche mehrere Blutspritzen und ein Blutflecken, 1½ Zoll lang und 1 Zoll breit, ersichtlich waren. Ein weiterer etwa 2 Pfund schwerer Stein hatte zwei erbsengroße Blutspritze. Unterhalb dieser Stelle fand man ein weiteres Steinlager, welches auf gleiche Weise verrammelt war und an dieser Stelle wurde ein Zündhütchen gefunden.

Auf Vorzeigen der vorgefundenen Steine erklärte Gendarm Hillenbrand, er glaube, daß der größere Stein derjenige sei, mit welchem er von Leu geschlagen worden, wofür auch der große Blutflecken spreche; den kleineren Stein halte er nach Form und Größe nicht für das verletzende Werkzeug.

Jakob Leu von Bargen ist geboren den 21. September 1828, evangelisch, lediger Kutscher, vermögenslos und hat auch kein Vermögen zu hoffen. Er hat einen schlechten Leumund und wurde schon mehreremal wegen Diebstahls bestraft und zwar zuletzt durch Urtheil des Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 19. Mai 1854 wegen versuchten dritten Diebstahls und Bruchs der Landesverweisung mit 1 Jahr 9 Monaten Zuchthaus nebst wiederholter Landesverweisung.

In Bulach, wo Leu wegen versuchten Diebstahls und Ueberschreitung der Verweisung aus dem Canton Zürich, verhaftet war, gelang es ihm am 28. März 1854 aus dem Gefängnisse zu entfliehen, und in Jestetten, wo er am 6. April 1854 wegen des zuletzt erwähnten Diebstahlsversuchs in Haft genommen wurde, machte er theils durch Abbrechen des Ofens, theils durch einen Angriff auf den Gefangenwärter, theils durch Beschädigung des Schließapparats mehrfache Fluchtversuche.

Jakob Leu gestand die Verübung der ihm angeschuldigten That im Allgemeinen zu, insbesondere war er geständig, daß er den Gendarmen überfallen, denselben an den Armen umfaßt und an sich gedrückt habe, mit ihm über den Straßenrain hinuntergestürzt, auf dem Waldboden fortgerollt und erst durch ein Baumstämmchen aufgehalten worden, daß er auf den Gendarmen zu liegen gekommen sei, daß er einen größeren Stein ergriffen und mit demselben dem Gendarmen, wie er sich im ersten Verhöre ausdrückte, den Kopf verklopft habe. In demselben Verhöre, sowie in einem späteren Verhöre sagte er jedoch, daß er dem Gendarmen nur einen einzigen Streich mit einem Steine, so viel er sich erinnere, auf die Stirne gegeben; er sagte, es sei ein großer Stein gewesen, sonst könne er die Beschaffenheit desselben nicht näher angeben. Auf Vorzeigen des vorgefundenen größeren Steines erklärte er, dies könne der Stein wohl gewesen sein mit dem er geschlagen habe; in einem späteren Verhöre erkannte er den größeren Stein bestimmt als denjenigen an, mit welchem er auf den Gendarmen geschlagen habe, und er gab zu, daß durch einen Streich die Verletzungen auf der Stirne und auf dem Kopf entstanden sein können.

Während er im ersten Verhöre zugestand, daß er dem Gendarmen das Seitengewehr aus der Scheide herausgezogen und daß es ihm der Gendarm wieder entwunden habe, stellte er im zweiten und in einem späteren Verhöre in Abrede, das Seitengewehr ganz aus der Scheide herausgezogen und solches drohend gegen den Gendarmen gehalten zu haben, und er gestand nur, beim letzten Angriffe nach dem Seitengewehr gegriffen und dasselbe etwa zur Hälfte aus der Scheide gezogen zu haben.

Gendarm Hillenbrand gab als möglich zu, daß er bezüglich dieses Umstandes sich getäuscht und es sein könnte, daß Leu bei dem früheren Angriff das Seitengewehr nicht vollständig aus der Scheide herausgezogen gehabt hätte, dagegen beharrte er darauf, daß Leu später, nachdem sie von einander getrennt waren, im Besitze des Seitengewehrs war, und dasselbe drohend ihm entgegenhielt. Man sah auch auf der mit Unschlitt eingeschmierten Klinge des Seitengewehrs des Gendarmen Hände mit Fingern abgedrückt.

Leu unternahm nach seinem Geständnisse den Angriff auf den Gendarmen in der Absicht, durch Bewältigung desselben sich aus seiner Gewalt zu befreien und sich Freiheit zu verschaffen. Er sagte, er sei schon zwei Monate wegen Diebstahls im Verhaft gewesen und habe schon bei seinem Abführen aus dem Amtsgefängnisse zu Jestetten, am 27. Mai, Absicht auf seine Befreiung gehabt, er habe solche jedoch nicht früher ausführen können, weil er von Jestetten nach Stühlingen und von da bis kurz vor Bonndorf geschlossen transportirt worden sei. In seinem Entschlusse, sich selbst zu befreien, sei er durch einen Mitgefangenen im Amtsgefängnisse zu Bonndorf bestärkt worden, der ihm erzählt, wie man es anfangen könne, und gesagt, er sei von einem Gendarmen transportirt worden, der leicht zu bewältigen gewesen wäre; er habe sich dieses gemerkt, ohne jedoch einen bestimmten Entschluß zu fassen, der Gedanke, sich die Freiheit zu verschaffen, habe ihn aber nie verlassen, er habe unterwegs mit ihm gekämpft,

er habe auch den Weg gekannt, da er schon im Jahre 1848 auf demselben Weg transportirt worden sei; als er nun gedacht, daß Neustadt nicht mehr fern sei, habe er auf einmal den bestimmten Entschluß gefaßt, den Gendarmen anzugreifen, denselben in eine Lage zu versetzen, daß er seines Gewehrs habhaft werden könnte, mit welchem er in den Wald entsprungen wäre, und sodann, wenn er sicher gewesen, das Gewehr weggeworfen hätte; er sei zum Angriff dadurch ermuthigt worden, daß ihm der Gendarm noch jung und an Kraft nicht überlegen vorgekommen sei; er sei auch von Bonndorf nach Neustadt ungeschlossen transportirt worden, welches letztere Gefangenwart Anslingen von Bonndorf bestätigt, der auch erklärt, daß am 29. Mai 1854 in der Gefängnißzelle mit Leu kein Mitgefangener sich befunden habe.

Leu stellte entschieden in Abrede, die Absicht gehabt zu haben, den Gendarmen zu tödten, indem er sagte: während er auf dem Gendarmen gelegen, hätte er ihn tödten können, es wäre ihm dieses ein Leichtes gewesen, sein Vorsatz sei aber nicht weiter gegangen, als dem Gendarmen eines zu versetzen, daß er davon gekommen wäre.

In einem späteren Verhöre erklärte er: Beim Angriff habe er blos die Absicht gehabt, den Gendarmen über den Straßenbord hinunterzuschleudern und zu entspringen, weil er aber selbst mit hinunter gekommen, habe er sich in der Verwirrung wehren müssen, weil er ja nicht habe wissen können, wie der Gendarm im Kampfe gegen ihn sich benehmen werde; er habe gedacht, er werde von dem Gendarmen erschossen oder erstochen, weil er nun in einen Kampf gekommen sei, wo er das Leben hätte verlieren können, habe er sich in der Angst und Verzweiflung gewehrt; während des Kampfes sei es ihm nicht mehr, wie anfänglich, um die Selbstbefreiung, sondern zunächst um sein Leben zu thun gewesen.

In einem noch späteren Verhöre nahm er seine Angabe, daß er es anfänglich blos auf Entwaffnung des Gendarmen und Entreißung seines Gewehres abgesehen hätte, zurück und sagte: Als er den Gendarmen angegriffen, habe er blos die Absicht gehabt, ihn mit dem Gewehr über den Straßenbord hinabzustürzen, dadurch aber, daß er mit hinabgestürzt, habe sich die Sache geändert, er habe daher den Gendarmen jedenfalls so unschädlich machen wollen, daß derselbe ihm nicht hätte nacheilen, seine Flucht nicht hätte verhindern können; die Absicht, denselben zu tödten, habe er jedoch nicht gehabt, er hätte solches ja in seiner Gewalt gehabt, und habe auch mit dem Steine nicht mit einem Schwunge auf den Kopf geschlagen.

Er behauptete, er hätte, nachdem er dem Gendarmen den Streich auf den Kopf versetzt, entfliehen können, er sei jedoch ganz außer Fassung gekommen und sei dadurch in Angst und Schrecken gerathen, daß er am Kopfe des Gendarmen Blut gesehen habe; in der Angst und in der Verzweiflung habe er den Angriff gegen den Gendarmen erneuert, da er habe befürchten müssen, daß der Gendarm, wenn er sich ergebe, ihn niedersteche, oder erschieße. Er erklärt übrigens, er sehe ein, daß er sich gegen den Gendarmen, der auf dem Transport sich gut gegen ihn benommen, schwer vergangen habe, es liege ihm die That schwer auf dem Herzen, er bereue sie sehr.

Am 4. Tage nach dem oben erzählten Vorfalle war die kleine Kopfwunde Hillenbrands schon geschlossen und sämmtliche Quetschungen zertheilt. Derselbe befand sich angeblich wohl, und es wurde ihm auf wiederholtes, dringendes Verlangen gestattet, nunmehr von Neustadt nach seinem Stationsorte Bonndorf zurückzukehren. Er benützte jedoch hiezu das ihm angebotene Fuhrwerk nicht, sondern legte, seine Armatur tragend, am 4. Juni den 5 stündigen Weg bei starkem Regenwetter zu Fuß zurück, wobei er sehr erhitzt und durchnäßt wurde, worauf sich sein Zustand alsbald verschlimmerte, so daß er schon am 5 Juni genöthigt war, die Hilfe des Physikus Frey in Bonndorf in Anspruch zu nehmen.

Hillenbrand beklagte sich über Schwindel, Kopfschmerzen, besonders in der rechten Stirnhälfte, welche beim Bücken und bei raschen Körperbewegungen gesteigert wurden, fühlte sich schwach und unwohl, hatte jedoch Eßlust und konnte schlafen, der Puls war normal.

Bei ruhigem Verhalten, strenger Diät und der Anwendung kalter Ueberschläge auf den Kopf fühlte sich derselbe schon am 8. Juni sehr erleichtert, und am 16. Juni waren sämmtliche Verrichtungen zur Norm zurückgekehrt, nur verursachte das Tragen des Helmes noch Schmerzen, aber auch diese Beschwerden waren nach Bericht des Physikus Frey am 26 Juni beseitigt und Hillenbrand wieder dienstfähig.

Im Endgutachten vom 11. Juli 1854 erklären die Untergerichtsärzte von Neustadt es als möglich, daß Leu sich des 8 Pfd. schweren, als wahrscheinlicher aber, daß er sich des kleineren runden, ungefähr nur 2 Pfd. schweren Steines bedient habe. Sie fassen in demselben End-

gutachten ihre Ansicht über den vorliegenden Fall in nachstehenden Sätzen zusammen:

1) Die an dem Gendarmen Hillenbrand wahrgenommenen Körperverletzungen sind die unmittelbare Folge der mit dem einen oder andern der vorgefundenen Steine zugefügten Schläge auf den Kopf.
2) Diese Verletzungen waren mit keiner Lebensgefahr verbunden und haben keinen bleibenden Schaden an seiner körperlichen und geistigen Gesundheit oder eine Verkrüppelung, sondern
3) nur eine Arbeitsunfähigkeit von 4 Tagen zur Folge gehabt.
4) Jakob Leu von Bargen hat die möglichen Folgen seiner That leicht einsehen können.

Am 10 August 1854 wurden die geschlossenen Untersuchungsacten der Staatsbehörde vorgelegt, und am 17. deſſ. M. erließ die Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises ein Erkenntniß dahin, daß hinsichtlich der Anschuldigung wegen versuchten Mords oder Todtschlags wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden, und in Ansehung der Anschuldigung wegen Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt diese Sache vom Hofgericht zu erledigen sei. Vom Hofgericht des Seekreises wurde auch bereits am 2. October 1854 ein Urtheil gefällt. Das Bezirksamt Neustadt nahm jedoch Anstand, dasselbe zu verkünden, da es unterdessen in Erfahrung gebracht hatte, daß sich der Gesundheitszustand des Gendarmen Hillenbrand bedeutend verschlimmert habe

Auf deßfallsige berichtliche Anfrage wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Verfügung vom 21. October 1854 dem Bezirksamt Neustadt aufgetragen, die Verkündung des hofgerichtlichen Urtheils zu unterlassen und die Untersuchung nach dem damaligen Stande fortzusetzen:

Gendarm Hillenbrand versuchte am 26. Juni 1854 seinen Dienst zu versehen, was ihm aber nicht möglich war, weil ihn bei den leichtesten Patrouillengängen bald Schwindel befiel. Am 12. Juli suchte er neuerdings den ärztlichen Rath des Physikus Frey in Bonndorf nach, über Schwindel, Kopfschmerz, Kraftlosigkeit und Mangel an Eßlust klagend, mit dem Bemerken, daß seine Beschwerden schon seit dem 18. Juni wieder verstärkt zurückgekehrt seien, und daß er hievon seit seiner erlittenen Verletzung nie mehr ganz frei gewesen sei. Seine Stirne war heiß, der Puls fieberhaft, beschleuniget, die Zunge belegt und es hatte sich Diarrhöe eingestellt. Es wurden Blutegel, Schröpfköpfe, kalte Umschläge und Blasenpflaster in Anwendung gebracht und Patient bis zum 29. August von Physikus Frey in Bonndorf behandelt. Nach Bericht dieses Arztes vom 18. October 1854 war der Zustand Hillenbrands damals folgender:

Er beklagte sich über periodischen Schwindel, Schwere und Schmerz im Kopfe, besonders in der Stirngegend, welche Beschwerden sich besonders des Nachts, beim Bücken und bei körperlichen Anstrengungen, aber auch ohne alle äußern Veranlassungen einstellten. Die Stirne war heiß, die Zunge belegt, der Stuhlgang aber regelmäßig, die Eßlust vermindert und die Gemüthsstimmung öfters düster. Dieser Zustand war wechselnd; Patient fühlte sich zeitweise wohl und konnte seinen Dienst versehen, zu anderen Zeiten war ihm dieß nicht möglich, im Allgemeinen befand er sich besser in freier Luft als im Zimmer. Physikus Frey sprach seine Ansicht dahin aus, daß zwischen den Krankheitserscheinungen, welche er am 29. August bei Hillenbrand beobachtet habe, und zwischen der Verletzung, welche dieser am 30. Mai erlitten, ein ursächlicher Zusammenhang bestehe, und daß bei demselben in Folge jener Verletzung eine chronische Hirnreizung eingetreten sei. Hillenbrand wurde inzwischen auf eine leichtere Dienststation und zwar nach Hilzingen versetzt. Aber auch hier dauerten die oben geschilderten Krankheitserscheinungen und Zufälle noch fort, und kam derselbe nunmehr in Behandlung des dortigen practischen Arztes Schmid, welcher ebenfalls Blutegel, Blasenpflaster und Aetherauftröpflungen ꝛc anwenden ließ, jedoch ohne günstigeren Erfolg. In seinem Zeugnisse vom 25. September 1854 bemerkte dieser Arzt: Es sei mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß bei Hillenbrand durch die am 30. Mai erlittene Mißhandlung eine der äußern Verwundung entsprechende Verletzung der innern Knochentafel des Schädels bewirkt worden sei, oder ein Blutertravasat sich gebildet habe, wodurch eine fortwährende Hirnreizung verursacht werde, die sich durch fixen Kopfschmerz, Schwindel und die übrigen krankhaften Erscheinungen zu erkennen gebe.

Schmid beantragte die Verbringung Hillenbrands in ein Hospital und wurde dieser sofort am 3. Oktober 1854 ins Militärspital in Constanz aufgenommen, woselbst er bis zum 21. Mai 1855 verblieben und von den Militärärzten behandelt wurde.

Der Krankheitszustand desselben dauerte auch hier, bei sorgfältiger Pflege und zweckmäßiger ärztlicher Behandlung diese ganze Zeit über noch fort und hatte sich mitunter

sogar noch verschlimmert, wie dies aus den darüber erstatteten Berichten der behandelnden Militärärzte und des Physikats Constanz nebst Tagebuch hervorgeht.

Hillenbrand empfand bei Berührung der linken Schläfegegend, oberhalb dem Ohre, lebhaften Schmerz, ohne daß sich an dieser Stelle äußerlich irgend eine Spur krankhafter Veränderung wahrnehmen ließ. Dabei fühlte er beständig mehr oder weniger heftigen, fixen innern Kopfschmerz, jener Stelle entsprechend, und wurde häufig von kürzerer oder längerer Zeit andauerndem Schwindel befallen, später mit Brechreitz und öfter mit wirklichem Erbrechen verbunden, wobei er auch hie und da zu Boden fiel. Sein Gang war unsicher und schwankend, der Puls klein und schwach, unregelmäßig und meist frequenter. Die Pupillen etwas erweitert und wenig empfindlich gegen äußere Reize, der Schlaf meist unruhig, Eßlust gering, Stuhlgang träge, Harn normal.

Späterhin wurde zwar das Allgemeinbefinden Hillenbrand's anscheinend besser und die Schwindelanfälle seltener, er konnte viel außer Bett sein und zeitweise bei gutem Wetter auch ausgehen, allein es stellte sich ein Gefühl von Pelzigsein in den Fingern der linken Hand, sowie eine Schwäche des linken Armes und linken Fußes ein, auch verminderte sich das Sehevermögen des linken Auges, so daß halbseitige Lähmung oder Schlagfluß zu befürchten stund.

Die behandelnden Aerzte in Constanz gingen von der Ansicht aus, daß bei Hillenbrand ein beständiger Druck und Reiz auf das Gehirn bestehe, waren aber darüber im Zweifel, ob dieser von einem Knocheneindruck oder Splitter der innern Tafel oder von einem Extravasat oder Exsudat hervorgebracht werde. Sie nahmen an, daß der Krankheitszustand Hillenbrands jedenfalls als eine Folge seiner am 30. Mai 1854 erlittenen Mißhandlung zu betrachten sei. Es wurden wiederholt örtliche und allgemeine Blutentziehungen, Blasenpflaster und Fontanelle in Anwendung gebracht und innerlich kühlende, ableitende Mittel, Calomel, Arnica, Jodcali, Chinin u. a. m. gereicht.

Die Vornahme der zur Sprache gebrachten Trepanation wurde weder für nothwendig noch für räthlich gehalten und am Ende beantragt, Hillenbrand der ärztlichen Behandlung des großh. Geheimenraths, Professors Chelius in Heidelberg zu unterstellen, wohin derselbe auch am 21. Mai 1855 von Constanz abreiste und sofort in die chirurgische Clinik daselbst aufgenommen wurde.

Der Zustand des Kranken blieb, nach den darüber erstatteten Berichten und dem bis zum 10. Februar 1856 reichenden Tagebuch auch in dieser Anstalt sich im Wesentlichen gleich wie früher und zeigte sich jede Behandlung fruchtlos. Hillenbrand empfand fortan Kopfschmerz und periodisch auftretende Anfälle von Schwindel mit Zuckungen der Gesichtsmuskeln, Schütteln des ganzen Körpers, beschleunigte Respiration und Pulsschlag, häufigem Erbrechen und Gefühl von Hitze. Die Schwindelanfälle traten jedoch in späterer Zeit seltener ein und waren minder heftig, auch hatte sich das Allgemeinbefinden des Kranken gebessert.

Die behandelnden Aerzte in Heidelberg konnten über die Ursache dieser krankhaften Erscheinungen und Zufälle kein bestimmtes Urtheil aussprechen, nahmen aber als gewiß an, daß dieselben mit den vorausgegangenen Verletzungen (vom 30. Mai 1854) in ursächlicher Beziehung stehen, da die Stelle der früheren Wunde am Kopfe immer noch schmerzhaft sei. Ebenso lasse sich nicht angeben, ob und welche krankhafte Veränderungen innerhalb des Schädels sich an dieser Stelle gebildet haben.

Das Physikat Heidelberg erklärte am 7. Oktober 1855 den Krankheitszustand Hillenbrands als einen bleibenden und glaubte, daß kein Grund vorhanden sei, mit Erstattung des Endgutachtens zuzuwarten.

Die Untergerichtsärzte in Neustadt sprechen sich in ihrem Endgutachten vom 30. Januar 1856 über diesen Fall in der Hauptsache dahin aus:

1) die dem Gendarmen Hillenbrand durch Schlagen mittelst eines Steines beigebrachten Körperverletzungen sind die wirkende Ursache der aus ihnen hervorgegangenen schweren Hirnzufälle.
2) Zum Eintritt dieser letzteren hat die Nichtbeachtung der ärztlichen Anordnungen und der unüberlegte Gang Hillenbrands von Neustadt nach Bonndorf, als Zwischenursache, mitgewirkt.
3) Die beigebrachten Verletzungen haben eine unheilbare Krankheit mit bleibender Unfähigkeit zu Berufs- und andern Arbeiten zur Folge gehabt.
4) Der Erfolg der Handlung des Thäters war mit Wahrscheinlichkeit nicht vorauszusehen.

Der hofgerichtliche Medicinalreferent erklärte sich in seinem Obergutachten vom 25. Februar 1856 hinsichtlich des Werkzeuges, mit welchem die Verletzungen zugefügt worden sind, folgend:

Es sei wohl glaublich, daß der 8 Pfund schwere längliche Stein zum Werkzeuge der Verwundung gedient

habe, da dieser Stein zu diesem Zwecke sich sehr wohl gebrauchen lasse und auch der Beschaffenheit der Wunden, welche in einer Quetschwunde und Quetschungen bestanden, sehr gut entspreche.

Wie viel Schläge auf den Kopf gefallen, lasse sich mit aller Bestimmtheit nicht festsetzen. Da drei Hauptverletzungen am Kopfe vorhanden waren, so sei es natürlich anzunehmen, daß eine dreimalige stärkere mechanische Einwirkung stattgefunden habe. Wenn man bedenke, daß ein kantiger Stein, wenn er auch nur mit einigermaßen heftiger Gewalt geführt werde, in der Regel auch eine Quetschwunde verursache, wenn man ferner bedenke, daß nur eine einzige solche Quetschwunde auf dem behaarten Theile des Kopfes vorhanden war, die übrigen zwei Verletzungen aber an der Stirne in bloßen Quetschungen ohne Trennung des Zusammenhanges der Weichtheile bestanden, so möchte man geneigt sein, der Angabe des Angeschuldigten beizutreten, daß nur ein einziger Schlag mit dem Steine zugefügt worden sei. Die Contusionen der Stirne können sehr leicht auch während des Hinabrollens der beiden Kämpfenden über den Straßenrand durch das Anstoßen des Kopfes an den auf dem Boden liegenden Steinen oder an einem Baumstamme entstanden sein. Sei dem nun wie ihm wolle, so sei doch so viel gewiß, daß alle diese Kopfverletzungen entweder durch die Schläge mit dem Steine oder durch diese und das Hinabrollen über den Straßenrand während des Ringens, also jedenfalls durch den Kampf mit dem Angeschuldigten hervorgebracht worden seien.

Und der hofgerichtliche Medicinalreferent beurtheilte in seinem Obergutachten vorliegenden Fall folgendermaßen:

1) Die mit Kopfverletzung verbunden gewesene Mißhandlung, welche Gendarm Hillenbrand am 30. Mai 1854 erlitten, sei als die wirkende Ursache des bei ihm hierauf eingetretenen Krankheitszustandes zu betrachten, und es lasse sich nicht mit Gewißheit behaupten, daß der Gang desselben am 4. Juni von Neustadt nach Bonndorf zur Verschlimmerung seines Zustandes beigetragen habe.
2) Der Krankheitszustand Hillenbrands, als Folge fraglicher Verletzung, sei als ein lebensgefährlicher anzusehen, werde wahrscheinlich nicht mehr gehoben werden können, und habe bleibende Arbeitsunfähigkeit des Verletzten zu jedem Geschäft zurückgelassen.
3) Es könne nicht behauptet werden, daß die fraglichen Verletzungen von der Art gewesen, daß sie ohne angewendete Kunsthilfe oder die Dazwischenkunft von besonderen, der Heilung günstigen Zufällen wahrscheinlich den Tod des Verletzten zur Folge gehabt haben würden.
4) Der Angeschuldigte habe die Folgen seiner Handlung als leicht möglich voraussehen können.

Der Referent der großh. Sanitätscommission war in Beurtheilung des gegenwärtigen Falles mit der darüber ausgesprochenen Ansicht des hofgerichtlichen Medicinalreferenten im Wesentlichen vollkommen einverstanden, indem er sagte:

Aus der Beschaffenheit der fraglichen Körperverletzungen Hillenbrands ergebe sich, daß sie durch äußere Gewaltthätigkeit bei seiner am 30. Mai 1854 erlittenen Mißhandlung hervorgebracht worden seien und es sei mit Gewißheit anzunehmen, daß die Quetschung und Hautwunde auf der Scheitelhöhe dabei nur durch Schlagen mittelst eines stumpfen Werkzeuges bewirkt sein könne, wozu einer der bezeichneten Steine allerdings geeignet erscheine; ob auf diese Weise auch die Beschädigungen an der Stirne des Verletzten entstanden, bleibe zweifelhaft, da sie sehr wohl auch gleich denen an der Schulter desselben, durch das zu Bodenfallen oder Anstoßen an irgend einen harten Gegenstand hervorgebracht worden sein können.

Wenn gleichwohl diese Verletzungen an sich nur geringfügig zu sein scheinen, und auch anfänglich keine bedenkliche Zufälle als Folge derselben wahrgenommen worden seien, so liege es doch außer allem Zweifel, daß sie als wirkende Ursache des bald nachher bei dem Verwundeten eingetretenen und bis jetzt fortdauernden Krankheitszustandes zu betrachten seien, und könne dieser keiner anderweitigen Ursache zugeschrieben werden. Sämmtliche Aerzte, welche Hillenbrand beobachtet und behandelt haben, stimmen hierin in ihren Ansichten miteinander überein. Die Gerichtsärzte von Neustadt seien zwar des Dafürhaltens, daß Hillenbrand ihren Anordnungen nicht gehörige Folge geleistet und sowohl hiedurch als auch durch seinen Gang von dort nach Bonndorf am 4. Juni, wobei er erhitzt und vom Regen durchnäßt worden, sich geschadet habe, und betrachten diesen Umstand als eine Zwischenursache zum Eintritt der schweren nachgefolgten Krankheit desselben. — Er, der Referent bei großh. Sanitätscommission, könne diese Ansicht nicht theilen; denn abgesehen hievon, daß sich gar nicht ermessen lasse, ob und welchen nachtheiligen Einfluß jene Umstände auf die Entwicklung oder Verschlimmerung fraglicher Krankheit etwa gehabt haben

möchten, sei wohl zu berücksichtigen, daß Hillenbrand, welcher vor erlittener Mißhandlung am 30. Mai 1854 sich guter Gesundheit zu erfreuen hatte, unmittelbar nachher fortan von solchen Krankheitserscheinungen befallen worden, welche nur als eine Folge seiner Kopfverletzung zu betrachten und keineswegs durch ungeeignetes Verhalten desselben entstanden sein konnten.

Der Krankheitszustand Hillenbrands, wie er zur Zeit fortdauere, bestehe in einem schweren Gehirnleiden und finde seine Erklärung lediglich nur in der Annahme, daß bei der fraglichen äußeren Kopfverletzung gleichzeitig auch eine Beschädigung im Innern der Schädelhöhle bewirkt worden, es möge diese nun in einer Splitterung der sog. Glastafel der Schädelknochen, Bluterguß, Quetschung der Gehirnhäute oder sonst wie anders beschaffen gewesen sein, wodurch eine fortwährende Reizung des Gehirns und seiner Häute verursacht und unterhalten worden und in Folge dieser die eingetretene Krankheit entstanden sei.

Der Krankheitszustand Hillenbrands müsse als ein lebensgefährlicher betrachtet werden.

Nach den bisherigen, durchaus sachgemäßen, aber fruchtlos gebliebenen Heilversuchen stehe eine Heilung dieses Krankheitszustandes nicht mehr zu erwarten, und sei vielmehr ein tödtlicher Ausgang desselben mit Wahrscheinlichkeit zu befürchten. Jedenfalls aber werde Hillenbrand für die Zeit seines Lebens dienstuntauglich und arbeitsunfähig bleiben.

Der hofgerichtliche Medicinalreferent sei der Ansicht, es könne nicht behauptet werden, daß die fraglichen Verletzungen Hillenbrands von der Art gewesen, daß sie ohne Kunsthilfe oder die Dazwischenkunft von besonderen der Heilung günstigen Zufällen wahrscheinlich den Tod desselben zur Folge gehabt haben würden.

Hierauf sei zu bemerken, daß andererseits auch nicht behauptet werden könne, daß Hillenbrand nicht schon an den Folgen jener Verletzung gestorben sein würde, wenn nicht, wie geschehen, zweckmäßige Kunsthilfe geleistet worden wäre.

Die Frage: ob der Angeschuldigte die eingetretene Körperverletzung beziehungsweise die nachtheiligen Wirkungen dieser, als leicht mögliche Folge seiner verübten Mißhandlung habe voraussehen können oder nicht, müsse mit aller Bestimmtheit bejaht werden.

Ein mit gesundem Verstande begabter Mensch könne und müsse auch ohne besondere Kenntnisse voraussehen, daß, wenn er einen Anderen mit einem großen Steine auf den Kopf schlage, er ihn dadurch bedeutend beschädigen werde, ja möglicherweise sogar tödten könne. Außerdem gehe dieses auch daraus hervor, daß der Angeschuldigte die Absicht hatte, den Gendarmen Hillenbrand der Art zu mißhandeln, daß er ihn an seinem Fluchtversuche nicht mehr hindern könne.

In Uebereinstimmung mit dem hofgerichtlichen Medicinalreferenten und mit dem Referenten der großh. Sanitätscommission gab diese am 26. März 1856 ihr Obergutachten dahin ab:

1) Die mit Kopfverletzung verbunden gewesene Mißhandlung, welche Gendarm Hillenbrand am 30. Mai 1854 erlitten, ist als die wirkende Ursache seines hierauf eingetretenen schweren, noch fortdauernden Krankheitszustandes zu betrachten, und es läßt sich nicht nachweisen, daß der Gang desselben am 4. Juni von Neustadt nach Bonndorf zur Verschlimmerung seines Zustandes beigetragen hat, wenn auch die Möglichkeit solcher Einwirkung nicht zu bestreiten ist.
2) Dieser Krankheitszustand Hillenbrands ist als ein lebensgefährlicher, höchst wahrscheinlich unheilbarer, anzusehen, und hat bleibenden Schaden durch völlige Arbeitsunfähigkeit bewirkt.
3) Der Angeschuldigte hat die nachtheiligen Folgen seiner Handlung leicht möglich voraussehen können.

Der Angeklagte Leu wurde am 26. Juni 1854 vom Bezirksamt Neustadt zur Erstehung der durch Urtheil des Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 19. Mai 1854 wegen Diebstahls und Bruchs der Landesverweisung erkannten Zuchthausstrafe von 1 Jahr und 9 Monat in die Strafanstalt in Freiburg abgeliefert, von wo er aber am 19. Oktober 1854 in das Zuchthaus nach Bruchsal versetzt wurde. Nachdem er am 28. September 1855 die Strafe erstanden hatte, wurde er am 29. desselben Monats zur Fortsetzung der Untersuchung wieder an das Amt Neustadt zurückgebracht.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 13.

I.

Schwurgerichtsfall über versuchte Selbstbefreiung und Körperverletzung mit dem Erfolg unheilbarer Krankheit und bleibender Arbeitsunfähigkeit. Fragestellung.

(Schluß.)

In der Strafanstalt in Bruchsal hat, nach dem Zeugnisse des evangelischen Hausgeistlichen und der Zuchthausverwaltung, Leu, der bei seiner Ablieferung aus der Straf anstalt in Freiburg als ein sehr gefährlicher und boshafter Mensch geschildert wurde, sich stets während seiner ganzen Straferstehung von beinahe einem Jahre in jeder Beziehung sehr gut und tadellos betragen, über sein früheres Leben und darüber, daß er den Gendarmen angegriffen, stets Reue gezeigt und sich bereit erklärt, die Strafe, die etwa über ihn verhängt werde, geduldig zu tragen. An demselben waren während seines Aufenthaltes in der Strafanstalt zu Bruchsal in der letzten Zeit, nach einer Mittheilung der Zuchthausverwaltung, Zeichen religiöser Exaltation und Ueberspanntheit wahrzunehmen, welche von der Zuchthausverwaltung gerade der Erkenntniß seines früheren leichtsinnigen und verbrecherischen Lebens und dem Drange, durch Aufnahme religiöser Grundsätze theils sein Gewissen zu erleichtern, theils seine Sünden abzubüßen, zugeschrieben wird.

Mit seinem Verhalten in der Strafanstalt zu Bruchsal und seinen Aeußerungen, daß er durch die einsame Haft zur Selbsterkenntniß gekommen und er nun ein gebesserter und geläuterter Mensch sei, an dem ein Wunder bewirkt worden, steht aber sein nachheriges Benehmen in seinen Verhören und im Amtsgefängniß zu Neustadt im Widerspruche, indem er in den Verhören theils ausweichende, theils trotzige Antworten ertheilte, sich stets mit seinem gebesserten Zustande brüstete, öfters in einen gereizten und heftigen Zustand gerieth, sich ungebührlicher Aeußerungen und Ausfälle gegen die Untersuchungsrichter und den Gerichtsarzt erlaubte, auch in dem Gefängnisse sich verschiedene Ordnungswidrigkeiten zu Schulden kommen ließ, namentlich sich gegen den Gefangenwart und dessen Ehefrau grob und unartig benahm, so daß ihm mehreremal Rügen und Verweise ertheilt und selbst Ordnungsstrafen diktirt werden mußten. Als Gefangenwart Schropp von Neustadt den Leu am 27. November 1855 aus dem Verhöre in den Arrest zurückführte, äußerte er sich: die vielen Schreibereien seien alle unnütz, es sei alles nur dummes Zeug und könnte man solches mit 3 oder 4 Worten abmachen. Auf die Frage des Gefangenwarts, wie man dieses dann machen sollte, erklärte Leu: man dürfte ihn ja nur fragen, hast Du schlechter Schweizerkerl nicht Allem aufgeboten und nicht Alles gethan, um Deine Freiheit zu erringen, worauf er hierauf mit Ja antworten würde und hätte dann Alles ein Ende.

Das Physikat Neustadt sprach sich in seinem Berichte vom 8. Februar 1856 über das Benehmen Leu's folgend aus:

Nach seiner Rückkunft von Bruchsal zeigte sich Leu in Worten und Gebärden als ein Frömmler. Da dieses mit einer gewissen Ostentation geschah, so erregte es Mißtrauen, was vermuthlich dem schlauen Leu nicht entgangen ist. Er konnte vielmehr bemerken, daß man auf seine veränderte moralische Richtung keinen besondern Werth lege. Er fiel wieder in seinen alten Charakter zurück, oder vielmehr er zeigte sich so, wie er von jeher beschaffen war. Daß aber keine Geisteskrankheit vorliege, folglich die Zurechnungsfähigkeit weder beschränkt noch aufgehoben sei, wird keinem Zweifel unterliegen, wenn man die nach seiner Rückkunft von Bruchsal geführten Protokolle durchgeht. —

Von der Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises wurde am 23. April 1856 Jakob Leu als Urheber der versuchten Selbstbefreiung und der mit Vorbedacht verübten Körperverletzung mit dem Erfolg unheilbarer Krankheit und bleibender Arbeitsunfähigkeit auf den Grund der §§. 3. 106. 112. 182. 225 Ziff. 1 und 2, 231. 636. 18. 53 ff. Str.G.B. unter der Anschuldigung in den Anklagestand versetzt, daß er am 30. Mai 1854 auf dem vom Bezirksamt Jestetten angeordneten Transport in die Strafanstalt zu Freiburg, auf dem Wege von Bonndorf nach Neustadt in der Absicht, sich von dem Verhafte zu befreien, den ihn transportirenden Gendarmen Hillenbrand überfallen, am Körper umfaßt und über den Straßenrain hinunterzuwerfen sich bemüht habe, daß er sodann, nachdem sie miteinander ringend über den 6 Fuß hohen Straßenrain hinuntergestürzt und sofort noch weiter auf einen steinigen Waldboden hinabgerollt waren, mit vorbedachtem Entschlusse und rechtswidrig dem unter ihm gelegenen Gendarmen Hillenbrand mit einem großen Steine auf den Kopf geschlagen und dadurch Körperverletzungen verursacht habe, welche eine unheilbare Krankheit und bleibende Arbeitsunfähigkeit zu jedem Geschäfte zur Folge gehabt haben, welcher Erfolg ihm zum bestimmten oder doch unbestimmten Vorsatze zuzurechnen ist.

Diese Sache kam am 24. Juni 1856 beim Schwurgericht zu Konstanz zur Verhandlung. In der Verhandlung machte der Angeklagte solche Angaben, welche von den in der Untersuchung gemachten Geständnissen in sehr erheblicher Beziehung abwichen. Namentlich stellte er in Abrede, daß er den Gendarmen mit dem Steine an den Kopf geschlagen habe und behauptete, er habe blos die Absicht gehabt, dem Gendarmen etwas in die Augen zu werfen, um von ihm frei zu werden und entfliehen zu können und er habe zu diesem Behuf den größeren Stein angefaßt und sei so mit dem Steine an den Kopf des Gendarmen gekommen. Er behauptete, daß ihm diese Geständnisse in der Voruntersuchung erpreßt worden seien, obwohl er seine Geständnisse in mehreren Verhören vor zwei verschiedenen Untersuchungsrichtern gemacht hatte, und zwar auch einmal, als er aus dem Zuchthause entlassen worden war, also nach seiner angeblichen Besserung.

In der Verhandlung sprachen sich die Gerichtsärzte auch dahin aus, daß der Angeklagte die eingetretene Körperverletzung als sehr wahrscheinliche Folge seiner Handlung habe vorhersehen können, und daß der Krankheitszustand des Gendarmen Hillenbrand noch derselbe sei, wie am 7. Oktober 1855.

Nach gepflogener Verhandlung wurden an die Geschworenen nachstehende Fragen gestellt und dieselben folgend beantwortet:

Frage I.

Ist der Angeklagte Jakob Leu schuldig, am 30. Mai 1854 auf dem Transporte in die Strafanstalt zu Freiburg, in der Absicht, sich von dem Verhafte zu befreien, den ihn transportirenden Gendarmen Hillenbrand überfallen, am Körper umfaßt und über den Straßenrain hinunterzuwerfen sich bemüht zu haben, sodann, nachdem beide miteinander ringend über den Straßenrain hinuntergestürzt und noch weiter auf einen steinigen Waldboden hinabgerollt waren, dem Gendarmen Hillenbrand mit einem großen Stein auf den Kopf geschlagen und ihn dadurch an seinem Körper verletzt zu haben?

Antwort:

Ja.

Frage II.

Wurde durch die Körperverletzung des Gendarmen Hillenbrand eine **bleibende Arbeitsunfähigkeit** desselben verursacht?

Antwort:

Ja.

Im Falle der **Verneinung** dieser Frage:

Frage II. a.

Wurde durch die Körperverletzung des Gendarmen Hillenbrand **eine sich als unheilbar darstellende Krankheit ohne bleibende Arbeitsunfähigkeit** verursacht?

Antwort:

Blieb unbeantwortet.

Im Falle der **Verneinung** dieser Frage:

Frage II b.

Wurde durch die Körperverletzung des Gendarmen Hillenbrand eine **bleibende Unfähigkeit zu seinen Berufsarbeiten** verursacht?

Antwort:

Blieb unbeantwortet.

Frage III.

Ist der Angeklagte schuldig, den Entschluß zur Selbstbefreiung mittelst Anwendung von Gewalt und nöthigenfalls mittelst schwerer Körperverletzung des ihn transpor-

tirenden Gendarmen mit Vorbedacht gefaßt zu haben?

Antwort:

Ja.

Frage IV.

Ist die eingetretene Körperverletzung dem Angeklagten zum bestimmten oder wenigstens zum unbestimmten Vorsatze zuzurechnen?

Antwort:

Die eingetretene Körperverletzung ist dem Angeklagten zum unbestimmten Vorsatz zuzurechnen.

Vom Schwurgerichtshof erging auf den Grund dieses Wahrspruchs, durch welchen der Angeklagte des Verbrechens des §. 225 Ziff. 1 Str.G.B. schuldig erklärt ist, in Erwägung, daß hiebei das Verbrechen der versuchten Selbstbefreiung nach Ansicht des §. 636 und 182 St.G.B. nur als Straferhöhungsgrund in Betracht kommt, und in Anwendung der Strafbestimmungen des §. 225 Z. 1 231. 18 St.G.B. das Urtheil, wodurch der Angeklagte Jakob Ley der an dem Gendarmen Hillenbrand mit Vorbedacht verübten Körperverletzung, welche eine bleibende Arbeitsunfähigkeit des Verletzten zur Folge hatte, schuldig erklärt und deßhalb zur Erstehung einer Zuchthausstrafe von 9 Jahren oder 6 Jahren Einzelhaft, geschärft durch 60 Tage Hungerkost verurtheilt und nach erstandener Strafe des Landes verwiesen wurde.

In diesem Falle weicht die Fragestellung von dem Gutachten der Gerichtsärzte und von dem Verweisungserkenntnisse insoferne ab, als in dem Verweisungserkenntnisse in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der Gerichtsärzte angenommen wurde, daß der durch die Körperverletzung eingetretene Erfolg einer unheilbaren Krankheit oder bleibenden Arbeitsunfähigkeit dem Angeklagten zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatz zuzurechnen sei, während an die Geschwornen die Frage nur dahin gestellt wurde, ob die eingetretene Körperverletzung dem Angeklagten zum bestimmten oder wenigstens zum unbestimmten Vorsatze zuzurechnen sei. Der Gerichtshof ging hiebei von der Ansicht aus, daß die Worte des §. 225 St.G.B. „deren eingetretener Erfolg ihm zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatz zuzurechnen ist," sich auf die Körperverletzungen und nicht auf die in Ziff. 1 bis 5 daselbst angeführten Wirkungen derselben beziehen, welche von einem Angeschuldigten meistentheils nicht beabsichtiget sind und in der Regel nicht vorhergesehen werden können.

Diese Ansicht dürfte wohl die richtige sein, weil jene Worte im Eingange des §. 225 stehen. Und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn in der Anklage oder in dem Verweisungserkenntnisse Umstände angegeben sind, welche nicht zum Thatbestand des in Frage liegenden Verbrechens gehören, dieselben auch nicht in die Fragestellung aufzunehmen sind, sondern die Fragestellung nur auf solche Thatumstände zu beschränken ist, welche den gesetzlichen Begriff des Verbrechens im Allgemeinen ausmachen oder im gegebenen Falle darstellen.

Haager.

II.

Dienstvertrag.

1) Wird in zulässiger Weise gegen verschiedene Erkenntnisse zugleich appellirt, so werden zur Bestimmung der Appellationssumme die Summen aller einzelnen Beschwerden zusammengerechnet.

2) Die einer Uebereinkunft vorhergegangenen Zusicherungen und Gedinge, welche in der darüber errichteten Urkunde nicht enthalten sind, machen keinen Bestandtheil des Vertrages aus.

Der aus dem erzbischöflichen Dienste entlassene Secretair F. Binkert trat klagend gegen das Ordinariat auf. Gegenstand der Klage war die Zahlung einer vor dem 15. September 1855 verfallenen Besoldungsrate und die quartalweise Fortentrichtung eines jährlichen Gehalts von 1400 fl.

Der Unterrichter erkannte dem Kläger eine Besoldungsrate von 608 fl. 20 kr. zu, welche das hofgerichtliche Urtheil auf 589 fl. 56 kr. herabsetzte.

Mit dem Anspruch auf Fortentrichtung des Gehalts von 1400 fl. wurde Kläger in erster Instanz unbedingt abgewiesen, in zweiter Instanz hingegen auf den dem Herrn Erzbischoff zugeschobenen Eid erkannt:

„Es ist nicht wahr, daß ich dem Kläger bei seiner Anstellung als Secretair bei der erzbischöflichen Ordinariats-Kanzlei die Zusicherung ertheilt habe, daß er, mit Ausnahme der Berechtigung zu einem Pensionsbezuge, in dasselbe Rechtsverhältniß wie ein Staatsdiener nach Maßgabe des landesherrlichen Dienereditks, trete, und daß ihm die im

Staatsdienste schon zugebrachten Dienstjahre auch im Kirchendienste angerechnet werden."

Auf die vom beklagten Theile eingewandte Oberberufung erfolgte am 15. Dezember 1857 hinsichtlich der Besoldungsrate von 589 fl. 56 kr. die Bestätigung, dagegen bezüglich der Fortentrichtung des jährlichen Gehalts von 1400 fl. die Aufhebung des hofgerichtlichen und die Wiederherstellung des amtlichen Urtheils.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger, welcher im Jahr 1851 als Secretair bei der erzbischöfflichen Ordinariats-Kanzlei angestellt und am 15. September 1855 seines Dienstes entlassen wurde, spricht mit der vorliegenden Klage die Auszahlung seines rückständigen Gehalts für die Zeit vom 31. Mai bis 15. September 1855, sowie den ferneren Fortbezug des Gehalts ungeachtet seiner Dienstentlassung an, indem er eine Unwiderruflichkeit seiner Anstellung behauptet. Der Anspruch auf den rückständigen Gehalt wurde ihm auch in beiden vordern Instanzen unbedingt, und derjenige auf ferneren Fortbezug des Gehalts in der zweiten Instanz bedingt, nämlich im Falle der Verweigerung eines dem Herrn Erzbischoffe auferlegten Eides zuerkannt.

Hiergegen ist beklagterseits die Oberberufung ergriffen. Obschon nun dieselbe — insoweit sie den eingeklagten Gehaltsrückstand betrifft — gegen ein Urtheil gerichtet ist, welches vor demjenigen über den künftigen Gehaltsbezug erlassen wurde, mit dem Erkenntnisse der ersten Instanz conform ist, und einen Streitwerth unter 1000 fl. zum Gegenstande hat (§. 1192 der Pr.O.), so erscheint die Beschwerde gleichwohl statthaft, weil zu der Summe, welche sie betrifft, der die Oberappellationssumme bei weitem übersteigende Betrag der Beschwerde gegen das zweite in derselben Sache ergangene Urtheil hinzugerechnet werden muß (§. 1127 Ziff. 4 der Pr.O.), nachdem beide Beschwerden miteinander verbunden eingeführt sind. (§. 1132 der Pr.O.) Dagegen ist jene Beschwerde materiell unbegründet, indem die Einwendungen, welche gegen den klägerischen Anspruch auf den Gehaltsrückstand vorgebracht wurden, aus den schon von den Richtern der vorderen Instanzen angegebenen Gründen verwerflich erscheinen. Das zuerst ergangene hofgerichtliche Urtheil war demnach — insoweit dagegen oberappellirt wurde — zu bestätigen.

Die Beschwerde gegen das zweite Urtheil, welches den klägerischen Anspruch auf Fortbezug des Gehalts betrifft, erscheint hingegen begründet.

Der Kläger leitet diesen Anspruch aus einer Unwiderruflichkeit seiner Anstellung ab und sucht solche mit der beklagterseits widersprochenen Behauptung zu begründen, es sei ihm im Laufe der Unterhandlungen über seine Anstellung vom Herrn Erzbischoff die Zusicherung ertheilt worden, daß er als Secretair der Ordinariats-Kanzlei — mit Ausnahme der Berechtigung zu einem Pensionsbezuge — in dasselbe Rechtsverhältniß eintrete, wie ein Staatsdiener nach Maßgabe des Staatsdieneredictes, und daß ihm die 15 im Staatsdienste zugebrachten Dienstjahre auch im Kirchendienste angerechnet werden sollten.

Muß nun schon diese angebliche Zusicherung als eine in wesentlichen Punkten unvollständige erscheinen, insofern sie jeder näheren Bestimmung über die Art der Anwendung des Staatsdiener Edicts auf einen erzbischöfflichen Beamten ermangelte, während die Vorschriften dieses Ediktes bei einem solchen theilweise unausführbar sind und namentlich eine Anwendung von Correctionsmitteln in den Formen, wie sie das Edikt vorschreibt, als unmöglich erscheinen lassen, so kann auch jene dem Kläger im Laufe der Unterhandlungen über seine Anstellung ertheilte Zusicherung nicht als ein noch bei Abschluß des Dienstvertrags festgehaltenes Geding — als ein Bestandtheil dieses Vertrages — angesehen werden, weil die über Letzteren aufgenommene Urkunde — die Signatur des Klägers — obwohl diese nach der Natur der Sache und nach der Absicht der Parteien gerade den Hauptzweck hat, die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten — soweit sie nicht in den Gesetzen oder ähnlichen Normen liegen — festzustellen und darüber als maßgebendes Beweismittel zu dienen, die so wesentliche Bestimmung der Unwiderruflichkeit der Anstellung — wie sie durch die fragliche Zusicherung gewährt worden sein sollte — nicht enthielt, und dennoch vom Kläger ohne Reklamation angenommen wurde. Es kann daher nicht mehr auf die der urkundlichen Anstellung vorangegangenen Reden und Unterhandlungen — somit auch nicht auf den Eid — ankommen, welcher vom Kläger in Ermanglung eines urkundlichen Nachweises seiner Behauptung dem Herrn Erzbischoff darüber zugeschoben wurde, daß er bei Anstellung des Klägers jene Zusicherung nicht ertheilt habe; der Inhalt der zur Normirung des ganzen Vertragsverhältnisses ausgestellten Signatur läßt vielmehr, besonders in Verbindung mit dem Inhalte der späteren Eingabe des Klägers an den Herrn Erzbischoff, welche die auf den Eid gegebene Behauptung der Anrechnung früherer Dienstjahre höchst unwahrscheinlich

macht, die durch jenen Eid zu erweisende Thatsache als vollständig widerlegt erscheinen. Da hiernach die Dienstentlassung des Klägers den Bestimmungen seines Anstellungsvertrages nicht zuwiderlief, so ist sein Anspruch auf Fortsetzung des Gehalts verwerflich und das solchen unbedingt abweisende Urtheil der ersten Instanz wiederherzustellen. —

Aus diesen Gründen ꝛc. D. R.

III.

Ehescheidunssachen.

1) Hartnäckige Pflichtverweigerung und Herzenshärtigkeit sind an und für sich keine gültigen Scheidungsursachen mehr.

2) Doch kann die eine und die andere unter Umständen als harte Mißhandlung oder grobe Verunglimpfung erscheinen.

Annalen XXIV. 299.

Erster Fall.

Vogt gegen Vogt.

Im Jahre 1856, nach eilfjährigem nicht weniger als friedlichem Bestand der Ehe, verließ die Frau die gemeinschaftliche Wohnung in der Absicht, nicht mehr zu ihrem Manne zurückzukehren, indem sie alsbald wegen thätlicher Mißhandlungen und wörtlicher Verunglimpfungen eine Scheidungsklage erhob, womit sie jedoch theils wegen Mangels am Beweise, theils wegen Versöhnung (L.R.S. 272a) abgewiesen wurde.

Die Eheleute blieben dessenungeachtet getrennt, weil die Frau lieber die Beugungsgrade erstehen, als wieder zu ihrem Manne zurückkehren wollte.

Nun klagte der Mann wegen harter Mißhandlung (L.R.S 231), auf Scheidung, womit er aber nicht ausreichte, weil das Hofgericht dafür hielt, daß „Mißhandlung" etwas ganz anderes als die blose Nichterfüllung wenn auch noch so umfassender Pflichten, daß dieser Ausdruck ein positives Thun, nicht ein Unterlassen in sich begreife, einen thätlichen Angriff auf den Körper eines Menschen bedeute.

In der Recursinstanz machte der Kläger dagegen geltend, daß es gewiß eine grobe äußerst folgenreiche Mißhandlung und Verunglimpfung sei, wenn eine Mutter, wie es in vorliegendem Falle geschehen, ihren Mann und ihre Kinder lieblos und böswillig verlasse, sich um deren körperliches Wohl, um die Erziehung und Pflege der letzteren, um die Aufrechthaltung der geordneten, häuslichen und ökonomischen Verhältnisse nicht bekümmere, sich auswärts an einem dritten Ort herumtreibe und damit faktisch das Eheband löse.

Allein die Beklagte widersprach, daß sie sich an dritten Orten herumtreibe, indem sie ein anständiges Geschäft (sie ist Putzmacherin) führe und bereits eines der (3 noch lebenden) Kinder zu sich genommen habe.

Im Uebrigen beharrte sie auf dem Entschlusse, nicht mehr zu ihrem Manne zurückzukehren.

Am 17. Dezember 1857 wurde das die Scheidungsklage abweisende Urtheil des großh. Hofgerichts vom obersten Gerichtshofe bestätigt.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Begriff einer „harten Mißhandlung" (L.R.S. 231), zwar nicht auf ein positives Thun — auf einen thätlichen Angriff gegen die Person eines Ehegatten — eingeschränkt ist;

daß vielmehr auch die hartnäckige — durch die gesetzlichen Zwangsmittel nicht zu überwindende Verweigerung der ehelichen Pflichten (§. 43 lit. g. der Eheordnung), je nach Umständen ebenfalls darunter fallen und als gesetzlicher Ehescheidungsgrund geltend gemacht werden kann. —

Annalen IV. S. 245. Oberhofg. Jahrb. 13. S. 94 und 469.

In Erwägung, daß solche Umstände jedoch hier nicht vorliegen, indem einerseits die Weigerung der Beklagten, zu ihrem Manne zurückzukehren, — bingesehen auf die eigenen Anführungen des Klägers in dem gegenwärtigen und dem früheren — auf Klage der Frau eingeleiteten — Scheidungsverfahren — in Verbindung mit den eben da erhobenen Zeugenaussagen nicht als eine der Art grundlose bezeichnet werden kann, um anzunehmen, daß die Beklagte, die zudem auch ihrer Seits die Vortheile des ehelichen Lebens aufgab, damit nicht den ihr widerfahrenen Unbilden sich zu entziehen, sondern eine Kränkung und Mißhandlung des Klägers beabsichtigt hätte, indem ferner und abgesehen davon, daß die Lage des Klägers, wenn er die förmliche Scheidung erlangt hätte, in Bezug auf Führung der Haushaltung und Kindererziehung um Nichts gebessert wäre, — in den geschilderten Verhältnissen, wornach die

Beklagte das jüngste der Kinder zu sich genommen hat, die beiden anderen aber bereits die Schule besuchen, wenn auch eine unangenehme Belästigung, doch eine harte Mißhandlung nicht gefunden werden kann.

D. R.

Zweiter Fall.

Dörrwächter gegen Dörrwächter.

Nachdem der Ehemann seit 1838 von Zeit zu Zeit die gerichtliche Hilfe angerufen und namentlich auch die Anwendung der Beugungsgrade erwirkt hatte, um seine bei ihren Eltern lebende Frau zur Rückkehr zu vermögen, erhob derselbe im September 1857 eine förmliche Scheidungsklage, gegründet auf Herzenshärtigkeit und böswillige Verlassung, Verletzung der Ehepflichten, daher grobe Verunglimpfung und harte Mißhandlung, wobei er zugleich eine Unterhaltsrente, bestehend in $1/_3$ der Einkünfte seiner Frau, deßhalb beanspruchte, weil er in seinen eigenen dermaligen Einkünften keine genügende Hilfsmittel finde. L.R.S. 301.

Die Beklagte hielt aber dieser Klage entgegen, sie habe ihren Mann nur wegen Mangels an Subsistenzmitteln verlassen und seitdem von der Unterstützung ihrer Eltern gelebt; daß dieser gleich im Anfang der Ehe zu Tag getretene Mangel noch immer fortbestehe, ergebe sich aus der Klage selbst, welche eben deßwegen nicht begründet sei.

Wirklich wurde auch die Klage durch hofgerichtliches Urtheil vom 9. November 1857 abgewiesen und letzteres, auf den Rekurs des Klägers, am 6. März 1858 vom großh. Oberhofgerichte bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die in der Eheordnung §. 43g und §. 44 aufgeführte hartnäckige Pflichtverweigerung und Herzenshärtigkeit sind in das Landrecht aus dem Grund nicht aufgenommen worden, weil der Gesetzgeber nach Brauers Zeugniß — in den Erläuterungen Bd. 1. S. 205 ff. — von der Ansicht ausging, daß jene Scheidungsursachen künftig nur in den Formen der Scheidung auf wechselseitige Einwilligung geltend gemacht werden dürften. Jene älteren Scheidungsursachen sind daher für sich allein nicht mehr gültig, es muß ein landrechtlicher Grund hinzutreten. Einen solchen behauptet nun auch der Kläger — anführend, es liege eine grobe Verunglimpfung und harte Mißhandlung gegen ihn darin, daß die Beklagte seit 18 Jahren von ihm getrennt lebe, und aller Zwangsmittel ungeachtet nicht zu ihm zurückkehre, ihre Weigerung aber durch sein geringes Einkommen und seine Schulden sich nicht rechtfertigen lasse, da das Dulden und Ausharren in Noth und Tod zu den Ehepflichten gehöre und er niemals in Nahrungslosigkeit verfallen sei. Allein die Vorakten, auf die er sich beruft, weisen Folgendes nach:

Bald nach seiner Verehelichung im Jahre 1837 wurde er seines Dienstes als provisorischer Steuerperäquator entlassen und die Beklagte kehrte mit seiner Einwilligung zu ihren Eltern zurück. Als Amtsaktuar in Neckargemünd angestellt, verlangte er gerichtliche Hilfe, um sie zur Fortsetzung der Ehe anzuhalten, verfiel aber bald darauf in so schlimme Vermögensumstände, daß er am 23. März 1839 um Zulassung zum Armenrechte einkam, hinzufügend: sein Gehalt als Aktuar in Wiesloch sei zu $1/_3$ mit Arrest bestrickt.

Als er durch den Auftrag zur Errichtung der Registratur des Stadtamts Mannheim in eine bessere Lage gekommen war, lebte die Beklagte wieder mit ihm zusammen und kehrte in das elterliche Haus erst dann wieder zurück, als er aufs Neue in Schulden und Mangel gerathen war und sie nicht mehr ernähren konnte, so daß das großh. Hofgericht unter'm 14. Juni 1841 das Zwangsverfahren gegen die Beklagte so lange aussetzte, bis er nachweise, daß er sie zu ernähren im Stande sei. Vier Jahre lang versuchte er nicht einmal diese Nachweisung und als er dieß am 6. September 1845 unternahm, sprach sich das Amt Waldshut, bei welchem er beschäftigt war, dahin aus, daß sein Einkommen notorisch nicht hinreiche, um eine Frau bei sich zu ernähren.

Im Jahre 1846 erneuerte er sein Andringen, ließ aber die Sache — auf Einwendung der Beklagten, daß sein Einkommen nicht einmal für ihn selbst ausreiche — auf weitere $3^1/_2$ Jahre ruhen.

Im Jahre 1849 wiederholte er sein Gesuch, schoß aber das amtlich festgesetzte Reisegeld für die Beklagte nicht vor, sondern bat im Mai 1853, von dem Vollzuge der Zwangsmittel gegen sie abzustehen, bis er seinen künftigen stabilen Wohnsitz kenne.

Erst nach zwei Jahren kam er auf sein Begehren zurück, weil er als Post- und Eisenbahnamtsgehilfe 450 fl. Gehalt beziehe. Dieß Einkommen war zum Unterhalt einer Familie um so weniger zureichend, als die Beklagte

— inzwischen vom Schlage getroffen — versicherte, die Haushaltung ohne fremde Hülfe nicht führen zu können.

Seither hat er ein besseres Einkommen nicht dargethan, vielmehr in seiner Ehescheidungsklage erklärt, er finde in seinen dermaligen eigenen Einkünften keine genügenden Hilfsmittel, sondern beanspruche ⅓ der Einkünfte seiner Frau zu seiner Alimentation. Im Widerspruche hiermit führte er in der Rekursschrift an, er sei jetzt am allerwenigsten in der Lage, seine Subsistenzmittel von der Unterstützung seiner Frau abhängig zu machen. Zugleich bat er aber um Zulassung zum Armenrecht.

Aus allem Diesem ergibt sich, daß der Kläger es niemals verstand, seine Lebensweise so einzurichten, daß er mit seinem Einkommen sich und seine Ehefrau ernähren konnte, sondern ohne in Unglücksfälle gerathen zu sein, aller Orten Schulden machte und sich außer Stand setzte, der Pflicht, seiner Ehefrau den erforderlichen Lebensunterhalt zu reichen, nachzukommen. L.R.S. 214.

Wenn sich die Beklagte nun unter solchen Verhältnissen weigerte, zu ihm zurückzukehren und die Ehe mit ihm fortzusetzen: so kann hierin weder eine grobe Verunglimpfung noch eine harte Mißhandlung gefunden werden, und der Kläger ist durch die Abweisung mit seiner hierauf gebauten Ehescheidungsklage nicht beschwert. D. R.

IV.

Auftrag.

1) Eine von dem Gemeinderathe innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse eingegangene Verbindlichkeit muß von der Gemeinde erfüllt werden.

2) Die Anerkennung des Gemeinderaths wirkt gegen die durch ihn vertretene Gemeinde.

Grötz gegen Gernsbach.

Als die zur Bewältigung des Maiaufstandes von 1849 herbeigerufenen Truppen in Gernsbach eingerückt waren, lieferte der jetzige Kläger auf Verlangen des Gemeinderaths für Rechnung der Gemeinde das vom Militair requirirte Pferdefutter um den Preis von 1050 fl. 36 kr., worüber ihm eine Urkunde ausgestellt wurde. Da aber in der Folge die Gemeinde Gernsbach die deßfallsige Verbindlichkeit bestritt, so kam es zu einem Prozesse, in welchem sie von den Gerichten aller 3 Instanzen zur Zahlung verurtheilt worden ist.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 15. Februar 1858.

Die beklagte Gemeinde beschwert sich gegen das sie verfällende hofgerichtliche Urtheil insbesondere deßhalb, weil die auf die einfache Behauptung eines Auftrags gestützte Klage auf keinem thatsächlichen Klagfundamente, sondern nur auf einem aufgestellten Rechtsbegriffe beruhe, weil ferner mit der in der Klage angerufenen — auf eine Urkunde vom 1. Dezember 1849 gegründeten Anerkennung nur eine Anerkennung des Lieferungsbetrages nicht aber auch eine Anerkennung der Verpflichtung der Gemeindekasse behauptet werden wollte, und nach dem Inhalte der Urkunde geltend gemacht werden könnte -- und weil unter diesen Umständen in dem von den Gemeindevertretern abgelegten Zugeständnisse der Richtigkeit des Klagevortrags auch keine Anerkennung jener Verpflichtung gefunden werden könne — zumal als die nicht unter dem gesetzlichen Rechtsnachtheil vorgeladenen Vertreter ein solches Zugeständniß gar nicht beabsichtigen konnten.

Die erhobenen Beschwerden müssen jedoch für unbegründet erachtet werden.

Die Klage besagt, daß der Kläger in der Zeit vom 29. Juni bis 4. Juli 1849 im Auftrag und für die Beklagte an die Reichstruppen (die näher bezeichneten) Lieferungen gemacht habe, und es liegt hierin unbestreitbar eine genügende thatsächliche — auch bezüglich des Schuld-Titels gemeinverständliche — Klagebegründung, sowie sich auch aus der von den Gemeindevertretern ihrem Geständnisse beigefügten Beschränkung:

„daß die Anweisung (d. i der Lieferungsauftrag) nicht auch vom Bürgerausschusse ertheilt worden,“

unzweideutig ergibt, daß auch sie die Bedeutung des von dem Kläger behaupteten Schuldtitels wohl verstanden habe.

Wenn ferner die Klage, nachdem sie den von ihr verfolgten Anspruch nach Titel und Umfang näher bezeichnet hatte, weiter besagt:

„daß diese Forderung der Gemeinderath laut in Handen habender Urkunde vom 1. Dezember 1849 anerkannt habe,“

so konnte die Klage damit nichts anderes sagen wollen, als daß die Forderung — wie sie vorher bezeichnet wor-

den, — also auch mit dem Auftrage der Gemeinde als dem Forderungstitel — und damit auch eine Verpflichtung derselben — anerkannt worden sei.

Damit steht denn auch die angerufene Anerkennungsurkunde selbst mindestens nicht im Widerspruche, da sie nicht nur die Forderung der Kläger nach Gegenstand und Betrag — wie die Klage sie übereinstimmend bezeichnet — für richtig erklärt, sondern auch ausdrücklich anführt, daß die Forderung durch Anweisungen belegt sei, somit jedenfalls einen besonderen Veranlassungsgrund der Lieferungen anerkennt.

Die Urkunde besagt nun zwar weiter, „daß die fragliche Forderung in die für den Amtsbezirk aufzustellende Kriegskostenrechnung aufgenommen werde," aber damit ist nicht gesagt, daß der Liefernde nur auf diesem Wege seine Befriedigung erlangen, eine etwaige Haftbarkeit des „Anweisenden" beseitigt sein sollte. Die erwähnte Aufnahme in die Kriegskostenrechnung wurde unbestritten auf den Grund des Gesetzes vom 30. März 1850 über die Ausgleichung des Aufwands für die durch den Maiaufstand nöthig gewordene militairische Hilfe zugesagt, welches eine gerechte Vertheilung des von einzelnen Landestheilen bestrittenen Aufwandes auf das gesammte Großherzogthum bezweckte, wodurch also demjenigen, der den Aufwand bestritten oder dafür zu haften hatte, eine Erleichterung verschafft, in keiner Weise aber etwa weiter gehende privatrechtliche Gründe der Haftbarkeit aufgehoben werden sollten. Die hier in Frage liegenden 400 fl. kommen hiernach nur der Gemeinde zu gut, berühren dagegen den Kläger nicht.

Die Erläuterung nun dafür, was unter dem Ausdrucke der Urkunde: „Anweisungen" zu verstehen sei, gibt die Klage dahin, daß es Aufträge der Gemeinde, für sie zu liefern, gewesen seien. Dies ist in dem Zusammenhange der Klagausführungen klar ausgedrückt, und wenn nun die Gemeindevertreter, die auch nirgends behaupten, daß Kläger etwa ganz oder theilweise einer persönlichen Obliegenheit, zu deren Erfüllung er durch die Anweisung des Gemeinderaths nur gemahnt worden sei, genügt habe, — die Richtigkeit des Klagvortrags unbedingt — (mit einziger Ausnahme der oben gedachten Beschränkung), anerkannten, so kann nichts Anderes angenommen werden, als daß dieselben wohl wußten, um was es sich handle, und daß sie mit Ueberzeugung zugeben wollten, daß sowohl die in der Klage angeführte Forderung nach Grund und Umfang, als auch die behauptete Anerkennung eben dieser so beschaffenen Forderung von Seite des Gemeinderaths ihre volle Richtigkeit habe.

Der in dieser Beziehung gerügte formelle Mangel der Ladung entbehrt jedes Haltes, da nicht nur der Kläger selbst für den Fall des Widerspruchs von Seiten der Beklagten um sofortige Ladungsverfügung bat, der Richter aber diesem Gesuche — gemäß §. 691 der Pr.O. a. E. — stattgeben mußte, sondern auch die Gemeindevertreter mit Eingabe vom 17. März v. J. an den Richter die Bitte stellten: „Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumen zu wollen" — hierin aber eine Einwilligung der Vertreter zum Erscheinen bei Gericht zur Verhandlung ohne vorhergegangene Klagbegründung im Sinne des §. 631 der Pr.O. gefunden werden kann.

Hiernach erscheinen die besonderen Beschwerden der Oberappellantin als unbegründet, und da auch im Uebrigen ihre Verurtheilung — soweit sie erfolgt — schon nach den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen, auf die sich bezogen wird, — sich vollkommen rechtfertigt — mußte das angefochtene Urtheil lediglich bestätigt und bezüglich der Kosten nach §. 168 der Pr.O., wie geschehen, erkannt werden.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 14.

I.

Schiedsspruch und Nichtigkeitsklage.

1) Die Nichtigkeitsklage gegen einen Schiedsspruch findet selbst dann statt, wenn in dem Schiedsvertrage kein Rechtsmittel vorbehalten wurde.

2) Diese Klage ist nicht im Wege der Appellation oder der Wiederherstellung, sondern bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches ohne Bestellung eines Schiedsgerichts in erster Instanz zuständig gewesen wäre.

3) Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn die Schiedsrichter die Gränzen der ihnen ertheilten Entscheidungsbefugniß überschritten haben.

4) Niemand kann Richter in eigener Sache sein, auch wenn ein Schiedsvertrag das Gegentheil bestimmen sollte.

5) Eine Actiengesellschaft ist keine juristische Person, sofern ihr nicht die Rechte einer solchen vom Staate ausdrücklich verliehen worden sind.

Die chemische Fabrik Wohlgelegen bei Mannheim verband sich durch Vertrag vom 10. Oktober 1852 mit der Gesellschaft Heilbronn zu einer unbenannten Gesellschaft unter dem Namen „Chemische Fabrik Wohlgelegen-Heilbronn, welche sich mit Staatsgenehmigung vom 28. November 1852 unterm 10. Dezember desselben Jahrs constituirte.

Sodann vereinigte sich diese Gesellschaft mit der Actiengesellschaft der chemischen Fabrik Neuschloß bei Lampertheim zu einer anonymen Gesellschaft unter dem Namen „Verein chemischer Fabriken in Mannheim," worüber der s. g. Fusionsvertrag vom 21. Mai 1854 zu Stande kam, welcher unterm 18. August 1854 von großh. Ministerium des Innern genehmigt wurde.

Klemm-Lennig, bei der frühern Gesellschaft „Wohlgelegen-Heilbronn" mit 50 Actien betheiligt, verkaufte letztere am 19. Dezember 1854 an W. H. Ladenburg und Söhne. In dem Kaufvertrage sind diese Actien bezeichnet als „Actien der chemischen Fabrik Wohlgelegen-Heilbronn," beziehungsweise des Vereins chemischer Fabriken in Mannheim.

Der Verwaltungsrath dieses Vereins, als durch den Fusionsvertrag bestelltes Schiedsgericht, trug in einer Eingabe vom 14. Oktober 1856 dem großh. Stadtamte Mannheim vor: bei Liquidation des Einbringens der vormaligen Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn habe sich ergeben:

a) daß diese auf den 30. Juni 1856 den Betrag von 26,623 fl. 33 kr. schuldig blieb;

b) daß die neue Gesellschaft als Besitzerin gewisser Liegenschaften eine von diesen herrührende Accisschuld der vormaligen Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn mit 6830 fl. 21 kr. habe berichtigen müssen.

Die neue Gesellschaft habe deßhalb, da die vormalige Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn mit der Fusion zu bestehen aufgehört, Vergütung dieser beiden Beträge von denjenigen Personen verlangt, welche zur Zeit der Fusion die Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn bildeten und zwar nach Maßgabe des Verhältnisses ihres damaligen Actienbesitzes zu der Gesammtzahl der 500 Actien dieser Gesellschaft. Klemm-Lennig, der mit 50 Actien bei dieser Gesellschaft betheiligt gewesen und mit gleicher Zahl in die neue eingetreten sei, lehne die Betheiligung an fraglichem Schuldposten aus dem Grunde ab, weil er am 19. Dezember 1854 seine 50 Actien an das Haus W. H. Ladenburg und Söhne abgetreten habe. Die Direction habe

nun gegen Klemm-Lennig wegen obigen Anspruchs bei dem nach Maßgabe des §. 17 des Fusionsvertrags gebildeten Verwaltungsrath als Schiedsgericht geklagt, welcher nach zwischen beiden Theilen gepflogener contradictorischer Verhandlung ein den Klemm Lennig verurtheilendes Erkenntniß gegeben, weil er die Berufung des letzteren auf den Kaufvertrag vom 19. Dezember 1854 bei dem Umstand, daß Klemm-Lennig die Forderung an und für sich nicht beanstandet, nicht für erheblich erachtet habe. Es wurde deßhalb gebeten, das beiden Theilen verkündete schiedsrichterliche Urtheil für vollzugsreif zu erklären.

Das großh. Stadtamt entsprach diesem Antrage und erklärte durch Verfügung vom 22. November 1856 das Urtheil des Schiedsgerichts, wodurch die Zahlungspflicht des Klemm-Lennig bezüglich der Beträge von 683 fl. nebst Zinsen vom 1. Februar 1856 und von 2662 fl. 21 kr. nebst Zinsen vom 30. Juni 1856 ausgesprochen ward, für vollzugsreif mit der Auflage, binnen 14 Tagen zu zahlen.

Hierdurch fand sich Klemm Lennig beschwert und überreichte unterm 10. Dezember 1856 bei großh. Stadtamte eine Einsprache, beziehungsweise Nichtigkeitsklage, womit er auch obsiegte, indem das schiedsrichterliche Urtheil vom 22. September 1856 in allen 3 Instanzen als nichtig aufgehoben wurde.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 11. Februar 1858.

Mit Recht haben schon die Richter der vorderen Instanzen die vorstehende Nichtigkeitsklage für statthaft und für begründet erachtet. Sie stützt sich auf §. 211 der Pr.O., welcher bestimmt, daß die Nichtigkeitsklage gegen Schiedssprüche auch in dem Falle stattfinde, wo die Parteien im Schiedsvertrag kein Rechtsmittel vorbehalten haben, insofern der Schiedsvertrag selbst ungültig oder die Grenzen der darin ertheilten Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf Umfang oder Zeit überschritten sind.

Daß solche im Wege der Appellation, beziehungsweise der Wiederherstellung geltend gemacht werden müßte und insbesondere an die deßfallsigen Fristen gebunden wäre, ist nirgends vorgeschrieben; für das Gegentheil spricht viel mehr die Bestimmung im §. 212 der Pr.O.. wornach die Klage in allen Fällen, in denen nicht ein Gericht als Schiedsrichter gesprochen hat, nicht bei dem Appellationsgerichte, sondern bei demjenigen Gerichte anzubringen ist, welches ohne Bestellung eines Schiedsgerichts in erster Instanz zuständig gewesen wäre.

Hiernach kann die Zulässigkeit der vorliegenden Nichtigkeitsklage nicht in Zweifel gezogen werden. Sie ist aber auch begründet, zunächst schon darum, weil die Schiedsrichter die Grenzen der ihnen ertheilten Entscheidungsbefugniß in Hinsicht auf Umfang überschritten haben. In dem nämlichen Vertrage, durch den das Schiedsgericht eingesetzt wurde, war bestimmt worden, daß die bis dahin getrennt bestandenen beiden unbenannten Gesellschaften „Wohlgelegen Heilbronn und Neuschloß“ sich zu einer Actiengesellschaft unter dem Namen: „Verein chemischer Fabriken zu Mannheim“ vereinigen, und daß diese Vereinigung auf den 1. Juli 1854 statthaben solle. Zugleich wurden die Grundsätze und Bedingungen aufgestellt, nach welchen bei der Vereinigung verfahren werden sollte, und es wurde ein aus 3 Actionären der Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn und 3 Actionären der Gesellschaft Neuschloß zusammengesetzter Verwaltungsrath für die neue Gesellschaft gewählt.

Im Art. 17 des Vertrags wurde sodann weiter bestimmt:

„Sollten sich bei dem Vollzuge des gegenwärtigen Vertrages dennoch Anstände und Zweifel ergeben, so sollen dieselben nach Maßgabe der in diesem enthaltenen Grundsätze und Bestimmungen in erster und letzter Instanz mit Ausschluß der Gerichte entschieden werden, und zwar durch den Verwaltungsrath des Vereins, wobei alle Mitglieder abgestimmt haben müssen und eine Majorität von wenigstens 2 Drittel zu entscheiden hat. Im Falle auf diese Weise ein definitiver Beschluß nicht zu Stande kommt, soll sich der Verwaltungsrath durch 3 von ihm zu wählende weitere Mitglieder aus der Zahl der Actionäre verstärken und hat dieser verstärkte Verwaltungsrath durch absolute Majorität den vorliegenden Fall definitiv zu entscheiden. Zu dieser Verstärkung sollen gewählt werden: ein Mitglied aus der Zahl der Actionäre von Wohlgelegen-Heilbronn und ein Mitglied aus der Zahl der Actionäre von Neuschloß, das dritte Mitglied soll der groß. hessische wirkliche Geheimerath Hallwachs Excellenz zu Darmstadt sein, oder bei dessen etwaiger Ablehnung oder Verhinderung ein Mitglied, welches in der Art bestimmt wird, daß in vorstehender Weise zwei weitere Mitglieder gewählt werden, und unter diesen das Loos entscheidet.“

Schon nach dem Wortlaute dieser Bestimmung wurde also das Schiedsgericht nur zur Entscheidung über diejenigen Zweifel und Anstände eingesetzt, welche auf die Verschmelzung der beiden Gesellschaften in Eine Bezug

haben, und hinsichtlich welcher der s. g. Fusionsvertrag wirklich maßgebende Grundsätze und Vorschriften enthält. Der Natur der Sache nach können dahin aber nur solche Streitfragen gezählt werden, bei welchen die eine Gesellschaft der anderen, beziehungsweise alle Actionäre der einen Gesellschaft allen Actionären der anderen Gesellschaft gegenüberstehen, bei welchen daher alle Actionäre der betr. Gesellschaft nach dem Verhältnisse ihrer Actienzahl das gleiche Interesse haben. Die Absicht der Contrahenten, nur solche Streitfragen vor das Schiedsgericht zu verweisen, ergibt sich insbesondere auch aus der Art der Zusammensetzung desselben, wodurch dafür gesorgt wurde, daß das Interesse einer jeden der beiden Gesellschaften möglichst gleich in dem Schiedsgericht vertreten war. Hiernach ist die Entscheidungsbefugniß des Schiedsgerichts auf diejenigen, die Vereinigung der beiden Gesellschaften betreffenden Streitfragen beschränkt, für welche der Fusionsvertrag Maß und Ziel gibt und bei welchen alle Actionäre der einen Gesellschaft ein den Actionären der anderen Gesellschaft entsprechendes gleiches Interesse haben. Dazu kann aber der hier zwischen beiden Theilen anhängige Streit nicht gerechnet werden.

Nach dem übereinstimmenden Vortrag der Partien und insbesondere nach dem von dem Verwaltungsrathe des Vereins chemischer Fabriken selbst aufgenommenen Protokoll vom 28. Juli 1856 besteht die unter den Partien in dem Hauptprozesse allein bestrittene Frage lediglich darin, ob der Beklagte Klemm Lennig durch den Verkauf seiner früher besessenen Actien von jedem weiteren Anspruch der Gesellschaft an ihn frei geworden, oder ob er trotz des Verkaufs für die erst nachher geltend gemachten Forderungen noch haftbar sei.

Für die Entscheidung dieser Streitfrage enthält der Fusionsvertrag keine Bestimmungen und es ist dabei nur der Beklagte der neuen Gesellschaft gegenüber betheiligt. Die anderen Actionäre der früheren Gesellschaft Wohlgelegen-Heilbronn — als Solche — werden dadurch in keiner Weise berührt; auch bezieht sich die Frage gar nicht auf die Verschmelzung der beiden Gesellschaften.

Es bedarf daher keiner weiteren Ausführung, daß das durch den s. g. Fusionsvertrag constituirte Schiedsgericht seine Entscheidungsbefugniß überschritten hat, indem es über die berührte Streitfrage ein Urtheil gegeben hat, und sein Schiedsspruch stellt sich hiernach als nichtig dar. Es kann dagegen auch nicht eingewendet werden, daß der Beklagte sich dem Schiedsgerichte freiwillig unterworfen habe; denn er hat vor demselben der Klage gerade die Thatsachen entgegengehalten, welche die Nichtigkeit des Schiedsspruchs begründen und damit auch die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts behauptet. Abgesehen hiervon ist der Schiedsspruch aber auch aus dem Grunde nichtig, weil durch den Schiedsvertrag der aus Actionären bestehende Verwaltungsrath des Vereins chemischer Fabriken als Richter in eigener Sache bestellt wurde, was dem Wesen jeder Gerichtsbarkeit zuwiderläuft, ohne daß hierauf der Willen der Partien einen Einfluß üben könnte, daher der in Rede stehende Schiedsvertrag als ungültig angesehen werden muß, welche Ungültigkeit selbst durch eine Bestätigung oder Genehmigung von Seite der betr. Partei nicht geheilt werden könnte.

In dieser Beziehung wird lediglich auf die Entscheidungsgründe der beiden vorderen Instanzen verwiesen, wo insbesondere überzeugend dargethan ist, daß eine Actiengesellschaft nicht zu den im II. Constitutionsedikt aufgezählten juristischen Personen gerechnet werden kann, und daß ihr die Rechte einer solchen daher nur dann zukommen würden, wenn ihr dieselben vom Staate ausdrücklich verliehen worden wären, daß aber eine solche Verleihung noch keineswegs in der den Statuten der Gesellschaft ertheilten Staatsgenehmigung enthalten ist ꝛc.

D. R.

II.

Verlag und Bestand.

1) Aus dem Verlage bereits eingeführter Bücher erwächst dem Verleger kein Recht auf den Verlag jener stellvertretenden Bücher, die während der Dauer des Vertrags neu eingeführt werden.
2) Bei Verträgen, welche eine dauernde Leistung und Gegenleistung zum Gegenstande haben, gilt die Regel, daß alsdann, wenn die Leistung rechtlich oder physisch unmöglich wird, auch die Verbindlichkeit zur Gegenleistung hinwegfällt.
3) Diese Regel ist insbesondere auch anwendbar beim Bestandvertrage.
4) Wer die Befreiung von einer Verbindlich behauptet, muß den Beweis führen.

Fischer gegen Groos

Mittelst Vertrags vom 19. Juli 1847 ist den Groos'schen

Kindern als Inhaber der Buchhandlung Ch. Th. Groos zu Karlsruhe, von dem großh. evangelischen Oberkirchenrathe, für die Zeit vom 23. Juli 1847 bis dahin 1859 der Verlag von 8 näher bezeichneten, damals in Gebrauch befindlichen Kirchen- und Schulbüchern, worunter auch ein Katechismus, gegen die jährliche Entrichtung von 2530 fl. übertragen worden.

In Folge der höchsten Orts genehmigten Synodalbeschlüsse von 1855 wurde inzwischen ein neuer Katechismus unter Selbstverlag des Oberkirchenraths eingeführt, welchem die biblische Geschichte und Agende nachfolgen sollen.

Hierdurch sah sich der Inhaber der Groos'schen Buchhandlung veranlaßt, mit der Zahlung des Bestandzinses einzuhalten, und der hierauf gegen ihn angestellten Klage damit zu begegnen, daß er widerklagend Anspruch auf den Verlag der neuen Bücher machte und eventuell eine Entschädigung von 8667 fl. begehrte, weil der Absatz jener Bücher sehr nahmhaft vermindert, beziehungsweise ganz aufgehoben sei.

In erster Instanz wurde jedoch Groos zur Zahlung des rückständigen Bestandzinses verurtheilt und mit der Widerklage abgewiesen, wogegen das großh. Hofgericht das amtliche Urtheil in der Vorklage (mit einer Modification hinsichtlich der Verzugszinsen) zwar bestätigte, in der Widerklage aber den großh. Fiscus für schuldig erkannte, dem Verleger für den durch Einführung eines neuen Katechismus demselben erwachsenden Schaden eine ihrem Betrage nach im besonderen Verfahren näher festzustellende Entschädigung zu leisten. Bezüglich der Agende und biblischen Geschichte verblieb es bei der Abweisung.

Auf die von beiden Theilen eingewandte Oberberufung wurde das hofgerichtl. Urtheil dahin theils bestätigt, theils abgeändert: daß der jährliche Bestandzins ꝛc. nach Verhältniß des auf den Katechismus fallenden Theils in einem noch durch besonderes Verfahren zu ermittelnden Betrage und zwar von der Zeit der Einführung des neuen Katechismus an, zu mindern und der Beklagte Widerkläger nur schuldig sei, den nach Abzug der eintretenden Minderung erübrigenden Restbetrag an dem eingeklagten Bestandzins ꝛc. zu entrichten.

Dagegen hat das oberhofgerichtliche Urtheil die widerklagend geforderte Entschädigung abgewiesen.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 17. Dezember 1857.

Aus dem Vertrage vom 19. Juli 1847, wodurch dem Beklagten Widerkläger der Verlag der darin benannten kirchlichen und Schulbücher zu festgesetzten Kaufpreisen auf die Dauer von 12 Jahren gegen eine jährlich zu zahlende Bestandsumme überlassen worden ist, kann derselbe ein Recht darauf, daß ihm auch der neue — in Folge der höchsten Orts genehmigten Synodalbeschlüsse vom Jahr 1855 eingeführte — Katechismus in Verlag gegeben werde, nicht ableiten, weil nur die zur Zeit des Vertragsabschlusses im Gebrauch gewesenen Bücher Gegenstand des Vertrages waren, nicht aber auch solche, deren neue Einführung oder deren Umarbeitung als ein späteres Bedürfniß erkannt werden würde. Letzteres kann aus den, vom Verlagsvertrage geltenden, rechtlichen Bestimmungen nicht gefolgert werden; auch spricht weder der Wortlaut der Uebereinkunft dafür, noch sind Anhaltspunkte vorhanden, aus denen eine dahin abzielende gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen entnommen werden könnte. Wäre es in der Absicht des Widerklägers gelegen, sich den Verlag auch derjenigen Bücher zu sichern, welche neu eingeführt oder umgearbeitet werden, so wäre es seine Sache gewesen, dieser Intention durch eine ausdrückliche Vertragsbestimmung Anerkennung zu verschaffen. Hat demnach derselbe aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrage kein Recht auf den Verlag neu eingeführter Bücher erworben, so zerfällt auch damit von selbst die in erster Reihe von ihm widerklagend geforderte Entschädigung, als welche er den im §. 16 seines Schriftsatzes berechneten Gewinn anspricht, den der Kläger aus dem Verkaufe des neuen Katechismus bezogen habe oder während der Vertragszeit noch beziehen wird. Eventuell hat der Widerkläger sein Begehren schlechthin auf Minderung des jährlichen Bestandzinses gerichtet. Dieses Begehren ist auch begründet. Bei Verträgen, welche eine dauernde Leistung und Gegenleistung zum Gegenstande haben, gilt nämlich die Regel, daß dann, wenn die Leistung rechtlich oder physisch unmöglich wird, auch die Verbindlichkeit zur Gegenleistung hinwegfällt. Diese Regel hat insbesondere im L.R.S. 1722 bei dem Bestandvertrage ihre Anwendung gefunden. In dem vorliegenden Falle haben nun aber die Vertragspersonen dem Verlagsvertrage die Merkmale eines Bestandes dadurch aufgedrückt, daß die in demselben genannten Bücher dem Beklagten Widerkläger auf eine Reihe von Jahren in Verlag gegeben und hierfür eine von ihm jährlich zu entrichtende Summe, welche ausdrücklich als Bestandzins bezeichnet wurde, bedungen worden ist. Dieser Vertrag setzt offenbar voraus, daß

während der Bestandzeit der Katechismus seinen fortwährenden Absatz als Schulbuch finden werde. Durch die Abschaffung desselben ist aber die Möglichkeit eines solchen Absatzes geradezu aufgehoben worden. Da die Schließung der Absatzquellen überdies als ein unvorgesehenes — nicht in der Willkühr des Klägers liegendes — Ereigniß zu betrachten ist, indem nämlich sein Entstehungsgrund in den fortgeschrittenen Bedürfnissen des kirchlichen Unterrichts liegt, welchen die höchsten Orts sanktionirten Beschlüsse der Generalsynode Rechnung trugen, so sind auch die Voraussetzungen zur Anwendung des L.R.S. 1722 im gegebenen Falle vorhanden.

In welchem Maße die Bestandsumme nach dem auf den Katechismus entfallenden Theil zu mindern ist, läßt sich zur Zeit nicht berechnen, denn der Widerkläger hat keine zureichenden Grundlagen zu einer deßfallsigen Berechnung angegeben. Dies ist auch keineswegs — wie er geltend zu machen sucht — Obliegenheit des Widerbeklagten, sondern die Verpflichtung hierzu trifft ihn, weil er sich dadurch von dem Klaganspruche theilweise befreien will. Zwar hat der Richter erster Instanz bereits durch Beschluß vom 25. Februar d. J. das Fragrecht — wie es scheint — zu dem Zwecke, den Umfang einer Entschädigung zu ermitteln, ausgeübt. Da übrigens aus jener Fragestellung nicht auch die Intention einer Ermittlung der Bestandzinsminderung erhellt, der Widerkläger dieselbe auch nach seiner darauf abgegebenen Erklärung nicht in diesem Sinne aufgefaßt hat, so kann die Nichtbefolgung jener Auflage die Anwendung des im §. 301 der Pr.O. gedrohten Rechtsnachtheils nicht nach sich ziehen. Es erübrigt daher nur, nach der fürsorglichen Erklärung des Widerklägers (§. 4 a. E. der Oberappellationsbeschwerde) die Richtigstellung des Betrags, um den der Bestandzins zu mindern ist, einem besonderen Verfahren vorzubehalten.

Der Zeitpunkt aber, mit welchem die Minderung einzutreten hat, ist von da an zu bestimmen, wo der neue Katechismus in den Schulen eingeführt worden ist, indem angenommen werden darf, daß damit dem Absatz des alten Katechismus eine Schranke gezogen wurde.

Dagegen konnte eine Minderung des Bestandzinses bezüglich der biblischen Geschichten und der Agende zur Zeit noch nicht ausgesprochen werden, weil, wenn auch bereits Vorkehrungen zur Beschaffung des einen oder des anderen Buches getroffen wurden, doch nicht behauptet worden ist, daß dessen wirkliche Einführung stattgefunden hat.

Hiernach war das hofgerichtliche Urtheil theils zu bestätigen, theils abzuändern ꝛc. D. R.

III.

Theilungssache.

1) Der überlebende Ehegatte, welchem aus dem Vermögen des Verstorbenen ein Kindestheil zugedacht ist, hat keinen Anspruch auf die eheliche Nutznießung.

2) Gleichwohl können die Erben des Verstorbenen dem überlebenden Ehegatten die Nutznießung gestatten.

3) Eine Namens der Minderjährigen von deren Pflegern unter Beobachtung der gesetzlichen Formen vorgenommene Theilung ist als eine endgültige zu betrachten.

4) Großjährige Personen, welche die von ihren Pflegern im Theilungsvertrag eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen, verzichten dadurch auf die Anfechtung dieses während ihrer Minderjährigkeit abgeschlossenen Vertrages.

Fischer gegen Streit.

Der Wittwer Melchior Streit hatte seiner zweiten Ehefrau Cäcilia geb. Hama für den Fall seines Vorabsterbens im Ehevertrage einen Kindstheil unbeschadet der ehelichen Nutznießung zugedacht. In der nach seinem Tode errichteten Erbtheilung wurde auch der Wittwe neben der hälftigen Errungenschaft ein Kindstheil und die eheliche Nutznießung an dem Vermögen des Verstorbenen eingeräumt, welche sie wirklich eine Zeit lang bezogen hat. Als in der Folge die erstehelichen Kinder des M. Streit die Fortentrichtung der Nutznießungsrente verweigerten, wurden sie darauf beklagt, wogegen sie widerklagend die Erbtheilung, in so weit dadurch der Klägerin die schon erwähnte Nutznießung eingeräumt ward, als unwirksam anfochten und zugleich die Rückerstattung der früher bezahlten Nutznießungsraten begehrten. Sie sind jedoch in allen drei Instanzen nach dem Klagantrage verurtheilt und mit der Widerklage abgewiesen worden.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 19. Januar 1858.

Die Beklagten sind durch die Urtheile der beiden vorderen Instanzen nicht beschwert.

Richtig ist zwar, daß der Vortheil, welchen ein Mann oder eine Frau, die Kinder aus einer früheren Ehe haben, und zur zweiten oder weiteren Ehe schreiten, ihrem neuen Ehegatten zuwenden können, nach L.R.S. 1098 niemals einen Kindstheil überschreiten darf. Hierbei ist nicht nur Alles einzurechnen, was der neue Ehegatte durch Schenkungen unter Lebenden oder auf den Todesfall von dem anderen Ehetheil erhält, sondern es ist in Gemäßheit des L.R.S. 1496 auch dasjenige in Anschlag zu bringen, was ihm in Folge gesetzlicher Bestimmungen aus dessen Vermögen zukommt. Deßhalb kann der neue Ehegatte, welcher den Kindstheil erhalten hat, die eheliche Nutznießung des L.R.S. 745a nicht mehr fordern;

Vrgl. oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. 8 S. 548 ff.

und es begründet keinen Unterschied, ob ihm die Nutznießung von dem Erblasser noch besonders zugesagt war, oder nicht.

Die Bestimmung des Ehevertrags vom 12. Februar 1835, wodurch Melchior Streit für den Fall seines Vorabsterbens seiner Wittwe den Kindstheil unbeschadet der ehelichen Nutznießung zusagte, war daher unwirksam, da sie gegen ein verbietendes Gesetz verstößt. Allein es handelt sich hier nicht sowohl um die Wirksamkeit des Ehevertrages, als um die Gültigkeit des zwischen den Beklagten — beziehungsweise ihren Vertretern — abgeschlossenen Theilungsvertrags, welcher einen selbstständigen Rechtstitel bildet.

Nach dem Tode ihres Vaters waren die Beklagten in die freie Verfügungsgewalt seiner Hinterlassenschaft getreten. Jetzt waren sie durch keine gesetzliche Vorschrift mehr verhindert, wirksam darauf zu verzichten, daß die Bestimmungen des L.R.S. 1098, welche nur ihren Vortheil bezwecken, gegen ihre Stiefmutter in Anwendung gebracht werden, vielmehr konnten sie ihr aus dem hinterlassenen Vermögen ihres Vaters einen größeren Vortheil zukommen lassen, als sie nach dem Gesetze von ihnen hätte verlangen können. Dieß haben sie auch gethan, indem sie laut Act vom 21. März 1844 auf Eröffnung des Ehevertrags erklärten, daß sie nichts dagegen zu erinnern haben, sondern solchen seinem Inhalte nach für richtig anerkennen, sodann in dem Acte vom 23. März 1844 ausdrücklich die Verpflichtung übernahmen, der Wittwe ihres Vaters, welcher bereits ein Kindstheil zugetheilt war, auch noch die hier eingeklagte Nutznießungsrente zu zahlen; überdieß haben sie ihr diese Rente 11 Jahre lang wirklich entrichtet. Wenn daher die Beklagten nach L.R.S. 1098 auch an und für sich nicht verbunden gewesen wären, den Ehevertrag ihres Vaters in der Weise zu erfüllen, daß sie dessen Wittwe neben dem ihr bereits zugetheilten Kindstheile auch noch die eheliche Nutznießung zukommen ließen, so haben sie eben die Verpflichtung dazu durch den Theilungsvertrag und durch die nachgefolgte theilweise Erfüllung desselben in Gemäßheit des L.R.S. 1340 wirksam übernommen.

Der Grund ihrer Verpflichtung liegt hiernach in dem Theilungsvertrage, beziehungsweise dessen Erfüllung und in dem darin enthaltenen Verzicht auf jeden Einwand gegen den Mangel der von ihrem Vater zu Gunsten der Klägerin gemachten Schenkung. Dieser Mangel war ihnen zur Zeit der Erfüllung bekannt, oder muß wenigstens als ihnen bekannt angenommen werden, da — wenn sie sich etwa in dieser Beziehung im Irrthum befunden haben sollten — jedenfalls nur ein Rechtsirrthum vorliegen würde, welcher nach L.R.S. 1b immer sowohl im Gewinn, als als im Verlust schadet. Ein solcher Irrthum könnte daher die Umstoßung des Theilungsvertrages auf keinen Fall begründen.

Ebensowenig aber kann hier die Anfechtung der Theilung durch den Umstand begründet werden, daß Einige von den Beklagten zur Zeit, da der Theilungsvertrag abgeschlossen wurde, noch minderjährig waren. Es ist in den Entscheidungsgründen zu den Urtheilen der beiden vorderen Instanzen schon genügend ausgeführt, daß die Theilung, da sie von den Pflegern der dabei betheiligten Minderjährigen mit Beobachtung aller gesetzlichen Formen vorgenommen wurde, als eine endgültige zu betrachten und auch den Minderjährigen gegenüber gerade so anzusehen ist, als wäre sie von ihnen erst nach erreichter Volljährigkeit vorgenommen worden.

L.R.S. 466. 840 und 1314.

Zudem sind beide Theile darüber einig, daß die Beklagten die hier in Frage stehende Rente bis zum März 1855 bezahlt haben. Aus den ebenfalls von beiden Theilen angerufenen Amtsrevisoratsakten ergibt sich aber, daß die 3 Kinder des Melchior Streit, welche zur Zeit der Theilung noch minderjährig waren, in den Jahren 1827, 1829 und 1830 geboren sind. Sie wurden daher in den

Jahren 1848, 1850 und 1851 volljährig und haben folglich den Theilungsvertrag auch noch während ihrer Volljährigkeit forterfüllt. Hierdurch haben sie in Gemäßheit der L.R.S 1338 und 1338a auf die Anfechtung des Theilungsvertrages wegen ihrer Minderjährigkeit Verzicht geleistet und solcher erscheint daher jedenfalls auch ihnen gegenüber gültig.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

IV.

Pfandklage.

1) Gegen den dritten Inhaber verpfändeter Liegenschaften findet die Pfandklage so lange statt, als sein Besitz dauert und zwar selbst dann, wenn die Güter aus einem schon bestehenden Grunde dereinst in andere Hände übergehen mögen.

2) Einem solchen Eigenthumsbesitzer steht zum Zweck der Tilgung von Pfand- und Vorzugslasten ein Veräußerungsrecht zu.

Zivi gegen Lang.

Der Beklagte hatte mit dem Freiherrn von Böcklin einen Gütertausch getroffen, worüber später ein Streit entstand, in welchem durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 27. Januar 1857 entschieden wurde, daß Ersterer nur schuldig sei, die von ihm eingetauschten Liegenschaften gegen Zurückgabe der von ihm vertauschten Liegenschaften auszufolgen. Allein von Böcklin, jetzt dessen Gantmasse, ist außer Stand, die von Lang eingetauschten Grundstücke zurückzugeben, weil dieselben schon vor der gerichtlichen Entscheidung an andere Personen, zum Theil sogar an den gegenwärtigen Pfandkläger selbst, verkauft worden sind.

Dieser Verhältnisse wegen wurde Zivi in den vordern Instanzen mit der erhobenen Pfandklage abgewiesen.

Erst in dritter Instanz trug er den Sieg davon, indem dort abändernd erkannt wurde, daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger in 14 Tagen die Summe von 2150 fl. ꝛc. zu bezahlen oder die in der Klage verzeichneten Grundstücke zum Zweck der Versteigerung und Verweisung des Erlöses nach Maßgabe der vorhandenen Pfandrechte ohne Vorbehalt abzutreten.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 3. Februar 1858.

Der Kläger ist durch die Urtheile der beiden vordern Instanzen beschwert, indem die seiner an sich nicht beanstandeten Klage entgegengesetzten Einreden nicht für begründet erachtet werden können. Das in Sachen des gegenwärtigen Beklagten Franz Lang gegen die Gantmasse des Freiherrn Fr. von Böcklin unterm 27. Januar 1857 erlassene oberhofgerichtliche Urtheil, aus welchem abgeleitet werden will, daß der Beklagte — obwohl noch Besitzer der mit dem Vorzugsrecht des Liegenschaftskaufschillings belasteten Liegenschaften — mit der Pfandklage nicht belangt werden könne, hat zwar allerdings durch Auflösung der zwischen Lang und Freiherrn Fr. von Böcklin am 26. April und 26. August 1843 abgeschlossenen Kaufverträge das Eigenthum an jenen Liegenschaften wieder auf den Freiherrn von Böcklin, resp. dessen Gantmasse — ohne daß es hierzu erst noch der Uebergabe bedürfte — so übertragen, als wären die Tauschverträge niemals abgeschlossen worden.

L.R.S. 1183. 1583 und 1584.

Dieser Besitz des Beklagten ist jedoch kein bloßer Naturalbesitz; auch besitzt er keineswegs im fremden Namen, sondern kraft eigenen Rechts, indem er vermöge des oberhofgerichtlichen Urtheils bis zur Zurückgabe seiner eigenen — dagegen vertauschten — Liegenschaften das Retentionsrecht an dem Eigenthume der von Böcklin'schen Güter auszuüben, befugt ist und dasselbe auch wirklich ausübt, so lange er den natürlichen Besitz festhält. Als sonach juristischem Besitzer, welcher den bisherigen Eigenthumsbesitz fortsetzt, steht aber dem Beklagten das Veräußerungsrecht zu, insofern es zur Tilgung der Pfand- und Vorzugsrechte nöthig ist, und eines Mehreren bedarf es nach L.R.S. 2172 (vrgl. Troplong de privil. & hyp. II. No. 784 *) nicht, um die nach L.R.S. 2166 und 2167 gegen ihn als dritten Inhaber gerichtete Klage als zulässig erscheinen zu lassen. Wenn sonach der Kläger auch die Versteigerung der in der von Böcklin'schen Masse befindlichen Allodialgüter — darunter der von dem Beklagten eingetauschten — betrieben oder veranlaßt und einen Theil der Letzteren dabei an sich gebracht hat, wodurch die Gantmasse bis jetzt verhindert war, dem Inhalte des mehrgedachten oberhofgerichtlichen Urtheils vom 27. Januar 1857 zu entsprechen, und den von dem Beklagten angebotenen urtheilsmäßigen Rücktausch vorzunehmen, so kann dieß dem-

Kläger, welcher sich dabei nur des ihm als Massegläubiger zustehenden Rechtes bediente, um so weniger zur Schuld angerechnet werden, als der Beklagte sich dabei insofern selbst einen Fehler zu Schulden kommen ließ, daß er es versäumte, der Versteigerung der von ihm herrührenden Grundstücke — wie er es befugt war — hindernd in den Weg zu treten. L.R.S. 1148a ꝛc.

D. R.

V.

Fälschung öffentlicher Urkunden.

Str.G.B. §. 423.
Annalen XXII. S. 85. 271.

Stephan Maisch von D. hatte von Heinrich Bachmann in dessen Eigenschaft als Zunftvorstand eine schriftliche Anweisung zur Erhebung einer Unterstützung im Betrage von 30 kr. aus der Zunftkasse erhalten, diese Anweisung aber dadurch verfälscht, daß er vor die Zahl 30 kr. die Zahl 1 fl. beifügte und sodann von der so gefälschten Urkunde mit Erfolg dadurch Gebrauch gemacht, daß er dieselbe dem Zunftverrechner übergab und auf den Grund derselben eine Unterstützung von 1 fl. 30 kr. erhob.

Als diese Sache beim Hofgericht des Seekreises zur Berathung und Aburtheilung kam, so entstand die Frage, ob hier die Fälschung einer öffentlichen oder einer Privaturkunde vorliege. Für Letzteres wurde geltend gemacht, daß Zahlungsanweisungen der Zunftvorstände sowenig öffentliche Urkunden seien, als Zahlungsanweisungen der Gemeinderäthe an die Verrechner. Vrgl. Annalen XV. S. 152 (252), daß nur von Zunftvorständen ausgestellte Lehrbriefe und dgl. als öffentliche Urkunden zu betrachten seien. Vrgl. Reg.Bl. von 1808 S. 41 ff.

Vom Gerichtshof wurde jedoch Stephan Maisch der Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht für schuldig erklärt und in eine entsprechende Gefängniß- und Geldstrafe verfällt, weil Zünfte und deren Kassen öffentliche Anstalten und deren Vorstände und Verrechner in dieser Eigenschaft öffentliche Bedienstete und somit auch Anweisungen, welche von dem Zunftvorstande als solchem nach bestehender Vorschrift an den Zunftverrechner erlassen werden, öffentliche Urkunden seien.

Hgr.

VI.

Befreiung eines Geschworenen, der in einer Untersuchungssache bei Vornahme eines Augenscheins als Urkundsperson thätig war, vom Dienste als Geschworener in der betreffenden Sache.

Vrgl. Annalen XXII. S. 272.

In der Untersuchungssache gegen Joseph König und Genossen wegen Verbindung zu Diebstahl (Diebsbande) und mehrerer in Bande verübter Diebstähle war der Hauptgeschworene Gemeinderath Joseph Hug von K. bei Vornahme eines Augenscheins als Urkundsperson thätig. Als diese Sache beim Schwurgericht in Constanz zur Verhandlung kam, bat Hug um Befreiung als Geschworener, welchem Gesuch nach Ansicht des §. 71 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vom Schwurgerichtshof entsprochen wurde, indem man annahm, daß Urkundspersonen entweder als Zeugen oder als Sachverständige anzusehen seien, daher auf jene ebenso wie auf diese der gedachte §. 71 Anwendung finde. Vrgl. auch §. 77 St.P.O.

Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 15.

I.

Theilungssache.

1) Irrthum ist ein Grund zur Umstoßung einer Erbtheilung.

2) Eine Verkürzung um mehr als ein Viertheil begründet nur dann eine Klage auf Umstoßung einer Erbtheilung, wenn die Verkürzung ihren Grund in irriger Loosbildung oder in irriger Schätzung der zu vertheilenden Gegenstände hat, nicht aber, wenn von einem Erben mit einer nicht erbberechtigten Person getheilt und in Folge dessen eine zu kleine Erbportion dem Erben zugeschieden worden ist.

Erörterungen über den L.R.S. 887 und Erläuterung desselben durch einen Rechtsfall.

Der Satz 887 des Landrechtes führt als Gründe zur Umstoßung einer Erbtheilung **Gewalt** und **Gefährde**, sodann die **Verkürzung** um mehr als ein Viertheil an. Es muß auffallen, daß bei Erbtheilungen, welche doch, insoferne sie auf freier Uebereinkunft, auf einem Vertrage beruhen, der Umstoßungsgrund des **Irrthums** hier nicht erwähnt wird, während L.R.S. 1109 die zur Rechtsbeständigkeit eines Vertrages nothwendige Einwilligung (L.R.S. 1108) für ungültig erklärt, wenn sie „nur durch **Irrthum** erlangt, durch **Gewalt** erzwungen oder durch **Betrug** erschlichen" ist, und während ebenso gleichzeitig und nebeneinander die L.R.S. 1317 u. 1304 **Irrthum**, **Zwang** und **Betrug** als Gründe zur Umstoßung von Verträgen bezeichnen.

Eine Folge dieses Nichterwähnens des Irrthums im L.R.S. 887 und im ganzen fünften Abschnitte: „**Von Umstoßung der Theilungen**" war die Behauptung: der Irrthum sei bei Erbtheilungen **kein Grund** zur Umstoßung des Vertrages, denn entweder habe der Irrthum eine Verletzung des Irrenden um mehr als ein Viertheil zur Folge, dann sei es nicht der Irrthum, sondern die Verkürzung, welche die Umstoßung begründe; oder aber die Verkürzung sei nicht größer als ein Viertheil, dann könne der Vertrag nicht wegen Irrthums, sondern **nur** wegen Zwanges und Betruges umgestoßen werden, dann aber auch, wenn die Verletzung noch so unbedeutend sei.*) Andere sind der Ansicht, es **bedürfe**

*) **Chabot de l'Allier** (Commentaire sur les successions) zu Art. 887 No. 2. Sodann sagt derselbe No. 4: **Mais en matière de partage, ou l'erreur tombe sur la valeur de la portion, que devait avoir un cohéritier, ou elle tombe sur la quotité de la part à la quelle il avait droit, ou elle tombe sur l'ommission d'effets, qui devaient être compris dans le partage.** Und nachdem er den Irrthum in der ersten Richtung, als zusammenfallend mit der Umstoßungsklage wegen Verkürzung, und in der dritten Richtung nur als Grund für eine nachträgliche Theilung der übergangenen Erbschaftsgegenstände bezeichnet hat, fährt er fort: **Lorsque l'erreur tombe sur la quotité de la part à laquelle avait droit un cohéritier, par exemple, si un cohéritier, qui d'après la loi, avait droit à la moitié de la succession a souffert, que dans le partage on ne le considerât comme héritier que pour un quart, et qu'en conséquence on ne lui attribuât pour son lot, que le quart des biens; ou si étant héritier pour un quart, il a souffert, qu'on ne lui attribuât pour son lot qu'un cinquième, alors il faut examiner si l'erreur à cet égard est la suite des manoeuvres criminelles, qu'on aurait pratiqué contre lui, pour le tromper. S'il a été pratiqué contre lui de semblables manoeuvres, il y a dol à son préjudice, et conséquement il peut demander la rescission du partage conformément à la prémière disposition de l'art. 887. Mais s'il n'est point pas par suite de manoeuvres criminelles, qu'il ait été induit en erreur, il ne peut être recevable à reclamer, qu'autant, qu'il résulte à son préjudice, de l'erreur, qu'il a commis, une lesion de plus du quart de la juste por-**

des Umstoßungsgrundes des Irrthumes nicht, weil in den verschiedenen Fällen, in welchen ein Irrthum statt finden könne, man auf andere Art zu helfen vermöge, und aus diesem Grunde habe der Gesetzgeber des Irrthums in Art. 887 nicht gedacht. *)

Endlich wird gesagt, es sei dies von dem Gesetzgeber geschehen, weil jeder Irrthum in Erbtheilungen aufgehe, entweder in dem Umstoßungsgrunde des durch Betrug erzeugten oder in dem die Größe des Erbtheils begründenden Irrthume, dem der Verkürzung; so zwar, daß jede Verkürzung über ein Viertheil für sich allein, möge sie ihren Grund haben worin es auch sei (in einer irrigen Schätzung, in einer falschen Loosbildung, in einer unrichtigen Qualification des Anspruchs eines Miterben oder gar in der Aufnahme einer nicht erbberechtigten Person in die Genossenschaft der theilenden Erben) als präsumirter Irrthum über die Größe des zu erhaltenden Erbtheils Grund zur Umstoßung gebe **) Die nothwendige Folge hiervon wäre, daß wenn eine Verletzung über ein Viertheil nicht vorläge, ein irrthümlicher, aber in gutem Glauben abgeschlossener Theilungsvertrag gar nicht angefochten werden könnte, und insoferne stimmt die erste, den Umstoßungsgrund des Irrthums läugnende, mit dieser dritten Ansicht, welche den nicht erwähnten Irrthum als allein vorhanden neben dem Umstoßungsgrunde des Zwangs und als selbstverstanden voraussetzt, im Resultate überein.

Die größere Zahl der Schriftsteller nimmt jedoch an, daß Irrthum als Grund der Umstoßung von Erbtheilungen durch das Stillschweigen des Gesetzes hierüber im Art. 887 keineswegs ausgeschlossen sei. *) Ist dieses richtig, so drängt sich uns die Frage auf, wodurch sich denn die

tion à laquelle il avait droit. Dans ce cas encore le moyen résultant de l'erreur se confond avec le moyen résultant de lésion.

*) Dieß sagt Maccabé in seiner Explication de l'art. 887: „C'eut été inutile, attendu, que dans les differens cas, ou l'erreur aura eu lieu, on arrivera d'une autre manière à retablir l'égalité." Er prüft zuerst den Fall des Irrthumes in Beziehung auf den Werth der Güter; hier soll die Größe der Verkürzung, ob sie mehr als ein Viertheil sei, entscheiden. Sodann fährt er fort: „Si on a compris dans le partage un bien, qui n'appartenait pas au défunt, il y aura lieu, pour l'héritier qui en sera évincé à exercer l'action en garantie d'après l'art. 885 pour se faire indemniser. — Si on a omis dans le partage un bien, qui devait, y être compris, on fera pour ce bien un supplément de partage. Si l'erreur a porté sur l'existence des droits héréditaires, en omettant un des cohéritiers cet héritier aura la pétition d'hérédité pour réclamer ses droits; si c'est en admettant un étranger qu'on s'est trompé, les biens attribués à cet étranger se trouveront appartenir toujours à la succession et être encore indivis: ce seront des biens omis, pour lesquels il y aura lieu à un supplément de partage, comme on a dit plus haut. — Si c'est sur la quotité des droits héréditaires, qu'on s'est trompé, par exemple en admettant pour un tiers celui, qui n'avait droit que pour un quart, il y a eu absence de cause dans le partage, et toutes obligations formées sans cause étant nulles, il y aurait lieu de declarer le partage non avenu."

**) Sehr richtig kritisirt Boileux (revu par Poncelet zu Art. 887 pag. 558) diese Ansicht mit folgenden Worten: „Néanmoins toutes les erreurs ne sont pas dans la lésion de plus du quart, dans le dol, ou dans la violence; on décide généralement, que l'erreur sur la qualité de l'un des copartageants, ou sur la quotité de ses droits héréditaires, donnerait lieu à répétition; car ce ne serait plus l'action en rescision, mais la revendication d'objets mal à propos relâchés, l'action en répétition d'un payement indu, qui serait intentée; l'erreur tomberait sur la substance même de l'acte de partage, il importerait peu que le copartageant eut été de bonne foi: la bonne foi ne peut rendre héritier celui, qui ne l'est pas. Le legislateur, il est vrai, n'a point considéré cette position dans l'art. 887. Mais envisageant ensuite l'influence de l'erreur sur les conventions, il établit l'art. 1109 d'une manière générale et sans exception, que le consentement, qui n'a été donné, que par erreur, n'est point valable.

*) Zachariä §. 626: „Aus diesem Stillschweigen ist nur soviel zu folgern, daß eine Erbtheilung nicht wegen eines Irrthums angefochten werden kann, welchen der Bestand der einzelnen Loose (oder eine Verletzung des einen oder andern Miterben) betrifft, indem dieser Fall nach der Vorschrift des Art. 887 Abs. 2 zu beurtheilen ist. In andern Fällen aber sind die Grundsätze, nach welchen ein Vertrag, der auf Irrthum beruht, als nicht geschlossen zu betrachten ist, auch auf Erbtheilungen anwendbar, also z. B. wenn man mit Einem den Nachlaß getheilt hat, ob er wohl nicht Erbe war, oder wenn die Quote eines Erben aus einem Irrthume unrichtig bestimmt ist."

Boileux stellt sich pag. 558 die Frage: L'erreur de droit est-elle une cause de rescision des partages? — und antwortet: „Argument de l'art. 1109, qui ne distingue pas; et de l'art. 1131, qui prononce aussi sans distinction la nullité de l'obligation contractée sans cause ou sur une fausse cause. Toullier IV. No. 58. No. 569. Vazeille No. 2. No. 7 sq. Duranton VII. No. 552. 553 suiv. Favard partage sect. 4 No. 1. Man vergleiche auch die Discussion ad Art. 887 und Oblig. chap. 2. Sect. 2. Art. 2. §. 1. No. 16 und 17. Success. chap. 6. sect. 3. Art. 3. No. 4." Pailliet, Manuel zu Art. 887 No. 3. „L'erreur peut être une cause de rescision en matière de partage, notamment à un cas, ou un copartageant s'est présenté comme successible seulement, et a négligé par erreur, de faire valoir sa qualité de donnataire."

Umstoßungklage wegen Irrthums von der wegen Verkürzung um mehr als ein Viertel unterscheide! und die Prüfung dieser Frage wird eine Bestätigung der Richtigkeit der zuletzt aufgestellten, von Zachariä vertheidigten, Ansicht erbringen. Chabot und Marcadé, deren Ausführungen ich in den oben enthaltenen Noten mitgetheilt habe, fühlen offenbar, zu welchen außerordentlichen, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entgegenlaufenden Ergebnissen die Annahme führt, daß Irrthum kein Grund zur Umstoßung einer Erbtheilung sei. So nimmt Marcadé in dem Falle, wenn mit einem Nichterben getheilt worden ist, seine Zuflucht dazu, daß die diesem Nichterben zugetheilten Güter als noch gar nicht getheilt zu betrachten, und einer nachträglichen Theilung zu unterwerfen, die Theilung zu vollenden sei. (Satz 3 des Art. 887.) Allein damit wird man dem Dritten, dem Nichterben, welcher durch die Theilung in den Besitz der Erbgüter gekommen ist, dieselben wohl nicht entreißen können, denn die Erbtheilungsklage kann nicht gegen den Dritten, sondern nur gegen den Miterben angestellt werden. Und wenn er in dem Falle, daß ein Miterbe eine ihm nicht zukommende Erbquote erhalten hat, eine Uebereinkunft mit unrichtiger Vertragsursache (Art. 1131) annimmt, um zur Umstoßung der Theilung zu gelangen, so zeigen seine eigenen Worte: „qu'on s'est trompe," daß der Irrthum der Vertragspersonen die Ursache ist, wodurch die Einwilligung derselben erlangt worden war (Art. 1109), und er kommt selbst zu diesem Umstoßungsgrunde zurück, den er wenige Zeilen vorher für unnöthig erklärt hat.

Irrthum macht eine Uebereinkunft nichtig, wenn sie das Wesen der Sache oder die Eigenschaft des Vertrags betrifft. L.R.S. 1110. „Es gehört gewiß zu dem Wesen einer Erbtheilung, daß die Erben theilen. Eine Erbtheilung ist die Aufhebung der Gemeinschaft unter den Erben. L.R.S. 815 und ff. Die Theilung mit einem Nichterben kann eine solche Aufhebung nicht begründen; denn er war nie in der Gemeinschaft. Die Meinung mit einem Erben zu theilen, während man mit einem Nichterben theilt, ist daher „ein Irrthum, der das Wesen des Erbtheilungsvertrags selbst betrifft." Wenn zu drei Erben ein Nichterbe als Theilungsgenosse in gutem Glauben angenommen und von diesen getheilt wird, so wäre nach den oben angeführten Ansichten weder mit der Verkürzungs- noch mit der Betrugsumstoßungsklage zu helfen; denn es wäre weder eine Verkürzung um mehr als ein Viertheil, noch eine absichtliche Täuschung vorhanden. Dieß kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Die Annahme, daß entgegen der allgemeinen Vorschrift des Satzes 1109. 1110 ein solcher Vertrag aufrecht zu erhalten sei, ließe sich nur durch eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes rechtfertigen, welche den Fundamentalgrundsatz des L.R.S. 1108 und die ausdrückliche Erkläung der L.R.S. 1109. 1110. 1117. 1304 für den Fall der Erbtheilung widerriefe. Das Stillschweigen des Gesetzes *) kann eine solche exorbitante Annahme nicht rechtfertigen, sie würde in einer viel folgenschwereren Weise gegen eine vernünftige, mit dem Gedankengange und der präsumirten Absicht des Gesetzgebers harmonirenden Auslegung verstoßen, als die Annahme, es sei eine Ungenauigkeit in der Redaktion unterlaufen.

Vergleichen wir die einzelnen Bestimmungen des Abschnittes: von der Umstoßung der Theilungen, so finden wir, daß die Umstoßungsklage gegen die „Miterben" (L.R.S. 887. 888. 889. 892) zu richten ist, und daß die aufgehobene Gemeinschaft unter denselben wieder hergestellt werden soll, behufs einer neuen Theilung mit denselben. Die Verkürzungsklage hat den bestimmten Zweck, die Verkürzung durch Ergänzung des unvollständigen Erbtheils aufzuheben. Die Umstoßungsklage wegen Irrthums hat einen so weit gehenden Zweck nicht. Sie will nur Vernichtung des durch ungültige Einwilligung erlangten Vertrages. Die Verkürzungsklage erreicht ihren Zweck nicht, wenn der durch Irrthum als Erbe behandelte Dritte nur auf's Neue theilen soll. Es wird, wenn die Theile gleich waren, bei einer neuen Theilung dasselbe Resultat sich ergeben. Der Verkürzungsklage kann der Beklagte begegnen, wenn er dem Verkürzten die Ergänzung seines Erbtheils durch Minderung des erhaltenen Antheils leistet. Der Theilungsvertrag bliebe im Uebrigen fortbestehen. Der durch Irrthum als Theilungsgenosse aufgenommene Dritte könnte dieß nur dadurch bewerkstelligen, wenn er Alles, was er erhalten hat, herausgeben, mit andern Worten, wenn er freiwillig, nicht etwa nur zu der Gemeinschaft, die behufs einer neuen Theilung wiederhergestellt werden soll, zurückkehrte, sondern vielmehr, wenn er auf alle Erbansprüche, also auf den ganzen Erbtheilungsvertrag, verzichten würde. Der Thei-

*) Zachariä nennt mit Recht die Regel: Qui dicit de uno, negat de altero, eine wenig sichere Auslegungsvorschrift.

lungsvertrag würde also aufgehoben werden. Dieß ist wohl mit dem Satze 891 nicht vereinbar.

Bei der Beurtheilung einer Verkürzung sollen die Sachen nach dem Werthe zur Zeit der Theilung geschätzt werden. L.R.S. 890. Durch diese Vorschrift, im Verein mit der eben erörterten des Satzes 891 zeigt der Gesetzgeber, daß der Zweck der Verkürzungsklage nur Abhilfe bei einer unbilligen Theilung ist.

Die Umstoßungsklage wegen Irrthums über das Wesen der Sache oder die Eigenschaft des Vertrags (L.R.S. 1110) bezweckt aber einen Vertrag, der juristisch wegen der mangelnden Einwilligung eigentlich gar nicht existirt, ganz hinwegzuräumen; und es gehört keineswegs zu dem Zwecke einer solchen Umstoßungsklage, daß an die Stelle der ungültigen, aus Irrthum entstandenen Uebereinkunft eine andere richtige gesetzt werde, wie dieß bei der Umstoßungsklage wegen Verkürzung der Fall ist. — Die Verkürzungsklage des Satzes 887 beruht auf der Ungleichheit der Loose; die Umstoßungsklage aus Satz 1109 auf einem wesentlichen Irrthume. Ein Irrthum soll nur dann einen Vertrag ungültig machen, wenn er das Wesen der Sache oder die Eigenschaft des Vertrags betrifft. Der Irrthum über den Werth der Erbschaftsgegenstände kann zwar ein sehr grober und folgenreicher Irrthum sein; allein er betrifft weder das Wesen der zu theilenden Sachen, als Erbgegenstände, noch die Eigenschaft des Vertrags, als eines Erbtheilvertrags. Ein solcher Irrthum würde daher nicht als solcher zur Umstoßungsklage führen. Die dadurch bedingte Verkürzung begründet die Umstoßungsklage nur, wenn sie mehr als ein Viertheil beträgt. Es ist daher die Verletzung und nicht der Irrthum, was den Klagegrund abgibt.

Sieht man auf den Grund des Irrthums einen in gutem Glauben mit einem Miterben geschlossenen Erbtheilvertrag an, so ist mit der Umstoßung desselben geholfen. Stoßt man ihn aber mit der Verkürzungsklage um, so erkennt man den Beklagten als einen Miterben an (L.R.S. 888), indem man Wiederherstellung der Gemeinschaft mit demselben begehrt, und dann muß man sich nach neuen Rechtsmitteln umsehen, um ihn aus der Gemeinschaft zu entfernen. —

So finden wir denn, daß die Umstoßungsklagen wegen Irrthums und wegen Verkürzung wesentlich verschieden sind. Ist es nun richtig, daß Irrthum auch bei Erbtheilungsklagen die Umstoßung des Vertrages begründen kann, gerade wie Zwang und Betrug, so müssen auch bei Anstellung einer Umstoßungsklage die Thatsachen, welche die eine oder die andere der verschiedenen Umstoßungsklagen begründen, genau angegeben und scharf auseinander gehalten werden. Es kann daher da, wo nicht eine Ungleichheit der Loose der Grund der Verkürzung ist, sondern ein wesentlicher Irrthum bei Eingehung des Vertrages, die Thatsache der Verkürzung nicht zur Umstoßung des Vertrages benützt werden, und es bedarf nicht der Nachweisung der Verkürzung über ein Viertheil, wenn die Thatsachen, welche einen wesentlichen Irrthum begründen, angeführt sind.

Ein Theil dieser oben besprochenen Rechtsfragen kam in dem Rechtsstreite J. S. Ganz gegen Fröhlich und Genossen, Umstoßung einer Theilung betreffend, bei dem mittelrheinischen Hofgerichte zur Erörterung. Der Unterrichter hatte die Ladung versagt und der urtheilende Senat war — wenigstens in seiner Mehrheit — nach mündlicher Verhandlung der Ansicht, daß der Anspruch des Klägers nicht so unbezweifelt in Rechten unbegründet sei, um eine Abweisung der Klage in der Form des §. 283 Pr.O. zu rechtfertigen. Es wurde daher Ladung erkannt. Nach gepflogenem Schriftenwechsel fand eine abermalige mündliche Verhandlung statt. Nun entschied sich der Senat einstimmig für die Ansicht des Unterrichters. Das Thatsächliche des Falles, sowie die rechtliche Auffassung desselben durch den Gerichtshof enthalten die

Entscheidungsgründe.

Auf Ableben der Cäcilie Trapp wurde unter deren Verwandten väterlicher und mütterlicher Seits eine Erbtheilung abgeschlossen, wobei der Kläger Philipp Ganz durch seinen Generalbevollmächtigten Joseph Fritsch mitwirkte und den Theilungsvertrag unterschriftlich anerkannte. Die Theilung wurde so bewerkstelligt, daß die Verwandten väterlicher Seits, Cäcilie Fröhlich und Jukunde Klein die eine Hälfte; die Verwandten der mütterlichen Seite die andere Hälfte der Erbschaft erhielten. Die Verwandten mütterlicher Seite, der Kläger, Franziska Fritz und Therese Vögele waren jedoch nicht gleich nahe mit der Erblasserin, Cäcilie Trapp, verwandt, der Kläger, ein Oheim derselben, war vielmehr der nächste Verwandte, Franziska Fritz und Therese Vögele waren um einen Grad weiter mit der Erblasserin verwandt. Gleichwohl erhielt nicht Kläger allein die andere Hälfte der Erbschaft, wie nach L.R.S. 734 zu erwarten gewesen wäre, sondern der Kläger erhielt die Fahrnisse im

Werth von 825 fl. 42 kr. und die Geschwisterkinder der Erblasserin, Franziska Fritz und Therese Vögele, erhielten die Liegenschaften im Werthe von 1005 fl. 7 kr.

Durch diese Theilung hält der Kläger sich für benachtheiligt und er begehrt auf den Grund des L.R.S. 887 wegen Verkürzung über ein Viertel Aufhebung derselben. Sein Gesuch geht dahin:

> Die Erbtheilung für aufgehoben zu erklären und die Gemeinschaft der rubricirten Erben an der Erbschaft der Cäcilie Trapp wieder herzustellen.

Die Klage war gegen alle bei der Erbtheilung betheiligten Personen gerichtet, alle diese, daher auch die Franziska Fritz und die Therese Vögele waren im Betreff als Beklagte rubricirt.

Nach dem Gesuche sollte man annehmen dürfen, daß Kläger die Franziska Fritz und Therese Vögele fortbin als Erben anerkennen will, da er ja begehrt, daß die Gemeinschaft unter den „rubricirten Erben" wieder hergestellt werde. Wäre dem so, würden daher auch dieselben Personen als Theilungsberechtigte zur Auffindung der Erbquote beigezogen, so wäre die Klage unbegründet, weil alsdann Kläger, man mag seinen Erbtheil berechnen wie man will, niemals um ein Viertheil verkürzt erschiene. Wie aus der Klage und ihren Nachträgen erhellt, drückt aber das Klagbegehren durchaus nicht die wirkliche Absicht des Klägers aus. Er will nicht nochmals mit Therese Vögele und Franziska Fritz, sowie mit den Verwandten der Erblasserin in der väterlichen Linie theilen, um eine Verkürzung über ein Viertheil, welche er erlitten habe, aus den zu großen Erbtheilen der Miterben aufzubessern, sondern er will die Erbtheile der Cäcilie Fröhlich und der Jukunde Klein, welche nach seiner eigenen Ansicht nicht zu viel erhalten haben, ihrer Größe nach unverringert bestehen lassen, die Therese Vögele und die Franziska Fritz will er aber von der Erbschaft ganz ausgeschlossen wissen und deren Erbtheil ganz für sich in Anspruch nehmen, weil er dem Grade nach der nächste Verwandte der Erblasserin auf deren mütterlicher Seite sei, und daher nach L.R.S. 734 alle anderen entfernteren Verwandten auf dieser Seite ausschließe. Mit anderen Worten: er bestreitet der Therese Vögele und der Franziska Fritz die Erbqualität und fordert von ihnen das Empfangene heraus, damit es ihm, dem Kläger, als besserem Erbberechtigten zugetheilt werde.

Insoweit diese Klage auf den L.R.S. 887 gestützt wird, ist sie in Rechten nicht begründet, ganz abgesehen von dem Widerspruche, der zwischen dem Inhalte und dem Gesuche der Klage herrscht. Der L.R.S. 887 gestattet die Umstoßung einer Theilung wegen Gewalt oder Gefährde — Anfechtungsgründe, welche hier nicht geltend gemacht werden — sodann,

> „wenn ein Miterbe eine Verkürzung beweist, die mehr als ein Viertel beträgt."

Vergleicht man den ganzen fünften Abschnitt: von Umstoßung der Theilungen, sowohl in dem Zusammenhange der Sätze untereinander als in dem Wortlaute der einzelnen Sätze selbst, insbesondere der Sätze 888, 890, 891, so ergibt sich ganz unzweideutig, daß auf dem Wege der Umstoßungsklage wegen Verkürzung über ein Viertel nur die Frage zur Entscheidung gebracht werden soll, ob eine Erbtheilung umgestoßen werden soll,

> weil die Erbberechtigung der Theilenden vorausgesetzt, die Vertheilung der Erbschaft auf eine so unrichtige Weise geschehen sei, daß ein Miterbe gegenüber einem oder mehreren der Miterben an dem ihm zukommenden Erbtheile verkürzt sei, und ob diese Verkürzung durch eine neue bessere Theilung zu beseitigen sei?

nicht aber auch, ob eine Erbtheilung

> deßwegen umzustoßen sei, weil eine nicht erbberechtigte Person dabei mitgewirkt und dadurch (in Folge der größern Anzahl der Theilenden) ein Erbe eine Verletzung über ein Viertel erlitten hat, ob daher in Folge der Umstoßung des Theilungsvertrags diese Person aus der Erbgenossenschaft zu entfernen, und eine neue Theilung ohne diese zu bewirken sei?

Nächster Zweck beider Umstoßungsklagen bleibt allerdings Aufhebung der Theilung. Allein gleichwohl sind beide Klagen nach Grund, Ursache und Endzweck wesentlich verschieden. Der **Grund** der zuerst erwähnten Klage ist lediglich eine durch die Miterben erlittene Verletzung über ein Viertel, einerlei ob solche von den Miterben beabsichtigt oder nicht beabsichtigt, und aus welchen Gründen der Verletzte in diese Art der Theilung eingewilligt hat. Die Ursache der Verletzung liegt entweder in einer falschen Werthschätzung der einzelnen Erbgegenstände, oder aber in einer unrichtigen Vertheilung der einzelnen Erbgegenstände auf die Loose. Endzweck dieser Klage ist eine neue, nach dem Werth der einzelnen die Erbmasse bildenden Gegenstände richtige, die Verkürzung heilende Vertheilung. Zu diesem Zwecke allein

ist die Umstoßungsklage wegen Verkürzung um mehr als ein Viertel gegeben. Dies geht am deutlichsten aus L.R.S. 891 hervor, wornach „der Beklagte eine solche Umstoßungs klage und eine neue Theilung ablehnen kann, wenn er dem Kläger die Ergänzung seines Erbtheils anbietet und leistet." Das Verfahren, um zu diesem Endzwecke zu gelangen, ist allerdings, wie Kläger gebeten hatte, Aufhebung der früheren Theilung und Herstellung der Gemeinschaft unter denselben Theilenden, denselben Miterben. In dem soeben Ausgeführten sind die charakteristischen Merkmale der Umstoßungsklage wegen Verkürzung um mehr als ein Viertheil enthalten.

Weder nach Grund und Ursache noch Endzweck finden sich diese Merkmale in den in die Klage niedergelegten Thatsachen wieder. Die Verletzung, welche Kläger geltend macht, liegt nicht in der irrigen Vertheilung der Erbgegenstände auf die Loose oder in falscher Schätzung, der Endzweck geht nicht auf neue Theilung mit den bisher für Miterben gehaltenen Personen, sondern auf Ausschließung derselben. Mit andern Worten: der Kläger will die durch seinen Generalbevollmächtigten gegebene Einwilligung zu dem Theilungsvertrage mit zweien angeblich nicht erbberechtigten Personen anfechten, und zwar auf dem Wege der zweiten oben erwähnten Umstoßungsklage. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch Theilungsverträge selbst dann, wenn die Verletzung nicht ein Viertel beträgt, aus allen jenen Gründen umgestoßen werden können, welche überhaupt eine ausgesprochene Einwilligung als eine nichtige darstellen, wie Irrthum, Zwang, Betrug nach den Sätzen 1109—1117 des L.R., und daß auf solche Gründe hin auch eine Umstoßungsklage gegen Personen, welche an sich nicht erbberechtigt, gleichwohl einen Theilungsvertrag über eine Erbschaft abgeschlossen haben, angestellt werden kann, um sie von der Erbschaft, wozu sie nicht berufen waren, auszuschließen. Allein eine solche Klage unterscheidet sich wesentlich von der oben geschilderten Umstoßungsklage wegen Verkürzung um mehr als ein Viertel.

Nach badischem Prozeßrechte kommt es indessen auf den Namen einer Klage nicht an, und der Richter ist verpflichtet, wenn eine Partei ihren Vorträgen irrige Namen gegeben oder sie unter falsche Rechtslehren subsumirt hätte, die richtigen Gesichtspunkte selbst aufzusuchen und hiernach zu verfahren. Allein hiezu wäre nothwendig, daß in der Klage solche thatsächliche Momente angeführt wären, wie Irrthum, Zwang, Betrug, worauf eine Umstoßung gebaut werden könnte. Solche Thatsachen sind jedoch in der Klage nicht angegeben, und auch durch das Fragrecht darf die Nachbringung solcher thatsächlicher Klagegründe nicht hervorgerufen werden, theils weil die Klage und ihre Nachträge keinen Anhaltspunkt geben, welcher nur der näheren Bestimmtheit, Vollständigkeit oder Deutlichkeit entbehrte, theils weil dadurch in der That eine neue Klage geschaffen würde, was an sich und namentlich in zweiter Instanz nicht mehr zulässig ist. Pr.O. §. 297. 304. 1172[a].

Aus diesen Gründen mußte bestätigend, jedoch da bereits Ladung verfügt ist, mit Abänderung der Form des Urtheils, wie geschehen, erkannt werden.

Ottendorff.

II.

Leibgeding oder Verpfründung.

1) Der Unterschied zwischen Leibgeding und Verpfründung besteht darin, daß sich der Leibgedinger selbst verpflegt, während sich der Pfründnehmer völlig der Pflege des Pfründgebers anvertraut.
2) Wegen Unverträglichkeit der Betheiligten findet die Auflösung eines Leibgedingsvertrages nicht statt.

Burger gegen Stritt.

Ein zwischen beiden Theilen am 16. Dezember 1846 zu Stande gekommener Vertrag wurde in der Folge, nach eingetretenen Mißhelligkeiten, gerichtlich angefochten und dessen Auflösung wegen Unverträglichkeit begehrt. Der Unterrichter willfahrte dem Gesuche des Klägers, welcher in II. Instanz mit der angestellten Klage abgewiesen wurde. Zur Rechtfertigung der von ihm eingeführten Oberberufung stützte er sich hauptsächlich darauf, daß die hofgerichtliche Auslegung des Vertrags den L.R.S. 1983a vrgl. mit §. 21 der höchsten Verordnung vom 25. September 1807 verletze, indem hiernach zum Wesen des Verpfründungsvertrags nur erfordert werde, daß der Unterhalt des Pfründnehmers lebenslänglich gesichert sei, gleichviel, ob dieß dann in, nach Ort und Zeit nicht näher, oder ob dieß in also näher bestimmten einzelnen Leistungen geschehe.

Von der Gegenseite wurde auszuführen versucht, daß der Act vom 16. Dezember 1846 eine Vermögensübergabe mit Leibgedingsvorbehalt, nicht aber eine Verpfründung enthalte.

Darauf folgte am 13. April l. J. in III. Instanz die Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils.

Entscheidungsgründe.

Der Verpfründungsvertrag unterscheidet sich von der bloßen Bestellung der Leibzucht dadurch, daß nicht eine bestimmte Abgabe in Geld und Haushaltungserzeugnissen, sondern die lebenslängliche Unterhaltung des Pfründnehmers in Wohnung, Kleidung, Kost und Pflege für gesunde und kranke Tage bedungen wird; derselbe muß sich also völlig der Verpflegung des Pfründgebers anvertraut haben.

L.R.S. 1983a. 1983c. 1100ac.
Verordnung vom 25. September 1807.
Reg.Bl. 1808. No. X. §§. 8. 21. 22.

Dieß ist nach dem Inhalt des Vermögensübergabsgeschäfts vom 16. Dezember 1846 hier nicht der Fall, indem die Vermögensübergeber außer der Wohnung sich als „Pfründe" neben barem Geld, Tuch und Kleidungsstücken, festbestimmte Quantitäten von Lebensmitteln ausbedungen haben, welche, weil zugleich eine Küche, Küchekammer, Platz im Keller, sodann zum Dreschen, Fruchtlegen, Holzplatz und dergl. vorbehalten wurde, es außer Zweifel setzen, daß die Vermögensübergeber sich selbst verpflegen, nicht aber der Pflege des Uebernehmers anvertrauen wollten. Einige geringe Dienstleistungen, wozu sich der letztere verpflichtete, kommen hiebei nicht in Betracht.

Die Gründe der Unverträglichkeit, aus welchen der Vermögensübernehmer die Auflösung des Vertrags verlangt, beziehen sich, nach dem Ergebniß der Zeugenabhör, überdieß hauptsächlich auf Mißhelligkeiten über die angeblich nicht vertragsmäßige Beschaffenheit des zu verabreichenden Leibgedings, insbesondere der Fruchtgattungen.

Wenn nun das großh. Hofgericht von der Ansicht ausging, daß zufolge der rechtlichen Natur des fraglichen Vertrags die Vorschrift des L.R.S. 1983i, welcher die Aufhebung eines Pfründvertrags wegen Unverträglichkeit zuläßt, nicht unbedingt auf das vorwürfige Vertragsverhältniß angewendet werden könne, und daß keinenfalls Beschwerden über die Verabreichung eines festbestimmten Leibgedings einen gesetzlichen Grund zur Vertragsauflösung bilden, so ist hierdurch der Kläger nicht beschwert.

Der Satz 1100be, auf welchen in der Oberappellationsbeschwerdeschrift hingewiesen wird, entscheidet hier nichts. Ganz abgesehen davon, daß in den Verhandlungen weder behauptet, noch nachgewiesen wurde, daß das Leibgeding über zwei Dritttheile des höchsten jährlichen Ertrags des übergebenen Vermögens ansteigt, würde, wenn sich dieß auch so verhielte, hieraus nur folgen, daß die Uebergabe nicht als eine Schenkung, sondern als ein Vertrag auf Umsatz, gleich dem Verpfründungsvertrage zu behandeln wäre.

§. 19 der Verordnung vom 25. September 1807.
Brauer, Erläuterungen zu Satz 1100aa.

Damit ist aber noch keineswegs gesagt, daß die im Satz 1983i bezüglich der Aufhebung eines Verpfründungsvertrags auf den Grund der Unverträglichkeit enthaltene ganz singuläre Bestimmung auf Vermögensübergaben alsdann Anwendung finden müsse, wenn diese als belastete Verträge sich darstellen

Auch daraus, daß durch den §. 8 des Uebergabsvertrags für den Fall einer durch richterliches Urtheil erkannten Vertragsauflösung eine Abfindungssumme für Wohnung und Pfründe vorgesehen worden ist, läßt sich für die Auffassungsweise des Oberappellanten nichts folgern, denn jene Vertragsbestimmung setzt doch offenbar das Vorhandensein gesetzlich zuläßiger Aufhebungsgründe voraus, wozu der geltend gemachte dem Obigen zufolge aber nicht gehört.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

III.

Einwerfung.

1) Durch die Entsagung auf die Erbschaft wird die rechtliche Eigenschaft eines Erben aufgehoben.
2) Diese Entsagung findet, wenn nicht eine Annahme vorher gegangen ist, sogar im Laufe eines Rechtsstreits über die Einwerfung noch statt.
3) In dritter Instanz darf der Gegenstand der Klage nicht abgeändert werden.

Grafeck gegen Münch.

Durch unterrichterliches Urtheil war die Beklagte für schuldig erkannt, verschiedene Fahrnisse und Liegenschaften

oder deren Werth mit 1028 fl. in die Verlassenschaftsmasse des J. A. Graseck einzuwerfen; sie ergriff aber die Berufung und entsagte nun erst der Erbschaft, um sich von der Einwerfung zu befreien.

Diese Entsagung hatte zur Folge, daß die Klage in II. Instanz abgewiesen wurde, wogegen die Kläger oberappellirten und die Zulässigkeit des Verzichts bestritten, weil die väterliche Erbschaft von der Beklagten früher angenommen worden sei, und zwar wenn nicht ausdrücklich, so doch durch eine Erklärung, welche eine andere Schlußfolgerung nicht zulasse.

Für den Fall jedoch, daß die in der zweiten Instanz geschehene Verzichtleistung auf die väterliche Erbschaft als zulässig erscheinen sollte, verlangten die Kläger, daß die Beklagte angehalten werde, 1) vier mittelst einer Privaturkunde, also ungültigerweise, von ihrem Vater geschenkt erhaltene Grundstücke und 2) von dem durch Ehevertrag erlangten Vermögen so viel in die Erbmasse einzuwerfen, als sie über den Freitheil empfangen hat.

Am 15. April l. J. erging hierauf in letzter Instanz die Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils.

Entscheidungsgründe.

Die von den Richtern der beiden vordern Rechtszüge an sich für wohl begründet erachtete Klage auf Einwerfung der vom gemeinschaftlichen Erblasser erhaltenen Schenkungen wurde in II. Instanz aus dem Grunde verworfen, weil die Beklagte nach Verkündung des Urtheils der I. Instanz auf die Erbschaft Verzicht geleistet und diesen Verzicht in das Buch der Entsagung eintragen ließ.

Jene Abweisung der Klage ist denn auch völlig gerechtfertigt, denn zur Einwerfung ist gemäß L.R.S. 843 nur der Erbe, der die Erbschaft antritt, seinen Miterben gegenüber, schuldig, es kann somit von dieser Verbindlichkeit und von deren gerichtlicher Verfolgung von dem Momente an nicht mehr die Rede sein, in dem es gewiß wird, daß es an jenen beiden Voraussetzungen der Einwurfsverbindlichkeit fehlt, da durch die Entsagung auf die Erbschaft — insoferne nicht vorher schon eine Erbantretung im Sinne des L.R.S 778 stattgefunden haben sollte — die Thatsache der Antretung derselben mit ihren rechtlichen Folgen ausgeschlossen, und selbst die rechtliche Eigenschaft eines Erben aufgehoben wird, indem gemäß L.R.S. 785 der verzichtende Erbe so angesehen wird, als wäre er nie Erbe gewesen.

Es machen nun zwar die Kläger zur Aufrechthaltung ihrer Klage in dieser Instanz geltend, daß die Beklagte in der ersten Instanz die väterliche Erbschaft ausdrücklich angenommen, oder doch eine solche Erklärung abgegeben habe, die eine andere Schlußfolgerung nicht zulasse, sowie daß die Beklagte mindestens schuldig sei, vier durch Schenkung in einer Privaturkunde auf sie übergegangene Grundstücke, wegen Unförmlichkeit und Nichtigkeit der Schenkung, an die Erbmasse abzutreten, und von dem übrigen durch den Ehevertrag erhaltenen Vermögen so viel in die Masse einzuwerfen, als sie mehr als den Freitheil erhalten habe.

Allein eine Erklärung der Annahme der väterlichen Erbschaft hat die Beklagte in erster Instanz nirgends abgegeben, vielmehr geltend gemacht, daß sie, wie die Kläger, erbberechtigt sei, und deßhalb ihre Ansprüche auf weiteres väterliches Vermögen, das noch namhaft gemacht werden sollte, sich vorbehalten, da sie auf die Verlassenschaft noch nicht verzichtet habe. Hieraus, in Verbindung mit der fortan festgehaltenen Behauptung, daß sie die von dem Kläger herausverlangten Güter in Folge des Ehevertrags und eines Privatvertrags besitze, ergibt sich im Gegentheil, daß an eine bestimmte Erklärung der Annahme einer Erbschaft von Seiten der Beklagten gar nicht gedacht worden ist.

Was nun das weitere Begehren der Oberappellanten betrifft, so kann solches nicht für statthaft erkannt werden. Dasselbe enthält nicht etwa blos eine mindere Summe dessen, was mit der vorwürfigen Klage verfolgt wurde, sondern Etwas, das auf ganz anderer thatsächlicher und rechtlicher Grundlage beruht und in keiner dieser Beziehungen bisher gehörig geltend gemacht worden ist. Die vorwürfige Klage zerfällt unbedingt und allgemein wegen Hinwegfallen der gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Rechtsbeständigkeit, und wenn nun die Kläger glauben, dasselbe oder einen Theil dessen, was sie durch jene Klage erlangen wollten, durch andere Gründe erreichen zu können, so müssen sie dies durch eine neue, auf jene andere Gründe gestützte Klage zu bewirken suchen ꝛc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 16.**

I.

Ueber die Wiederaufnahme des Verfahrens bei lossprechenden Erkenntnissen im Strafverfahren.

Im gemeinen Recht war die Frage streitig, ob und in wie fern Strafurtheile der Rechtskraft empfänglich sind, insbesondere herrschte Streit darüber, ob lossprechende Erkenntnisse in Rechtskraft übergeben, ob namentlich bei lossprechenden Erkenntnissen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eine Reasumtion der Untersuchung zulässig ist.

Die Einen behaupten, daß lossprechende so wenig als verurtheilende Erkenntnisse rechtskräftig werden, und daß selbst gegen unbedingt lossprechende Urtheile zu jeder Zeit eine Reasumtion der Untersuchung stattfindet, falls sich neue Thatsachen oder Beweise ergeben, welche für sich allein zur Begründung eines Straferkenntnisses hinreichen. Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses §. 202. 208. Andere dagegen sind der Ansicht, daß lossprechende Erkenntnisse allerdings in Rechtskraft übergehen, und daß gegen völlig Losgesprochene eine neue Untersuchung wegen des nämlichen Verbrechens nicht zulässig sei, außer wenn die Falschheit der Beweise, worauf das lossprechende Erkenntniß gebaut wurde, unmittelbar nachgewiesen werden könne. Mittermaier, deutsches Strafverfahren II. §. 198.

Darüber war man einig, daß bei einer Entbindung von der Instanz (Klagfreierklärung, einstweiligen Lossprechung), eine Wiederaufnahme der Untersuchung jeder Zeit stattfindet, wenn sich neue Beweise ergeben. Bauer, a. a. O. §. 193.

Unser Strafedikt von 1803 hat in §. 18 jene Streitfrage dahin entschieden, daß die Klagfreierklärung den Beschuldigten nur bis auf etwaige neuere Inzichten von der Untersuchung befreit, daß dagegen unbedingt lossprechende Erkenntnisse ihn für immer frei und vorwurfslos machen, so lange nicht die vorige Untersuchung etwa wegen solcher Nichtigkeiten, die dazu dienten, etwas wesentlich Falsches für wahr darzustellen (z. B. Unterschiebung falscher Zeugen, Bestechung des Untersuchungsrichters u. s. w.) kassirt werden kann. Die letztere Bestimmung des allegirten §. 18 spricht zwar ausdrücklich nur von den beiden lossprechenden Erkenntnißarten der Schuldlos- und Strafloserklärung, sie wird sich aber auch auf die Erkenntnißart der Verdachtloserklärung beziehen, da der §. 18 nur für den Fall der Klagfreierklärung eine unbeschränkte Reasumtion der Untersuchung gestattet.

Jahrb. des Oberhofgerichts von 1823. S. 218.
Annalen IV. S. 237.

Während andere Gesetzgebungen, z. B. die bayerische Strafprozeßordnung Art. 388 und die würtembergische Art. 412 Ziffer 2 die Wiederaufnahme des Verfahrens nach erfolgter unbedingter Freisprechung schon dann für zulässig erklären, wenn nur neue Beweismittel (irgend einer Art) an den Tag kommen, welche für sich allein oder in Verbindung mit den in der früheren Untersuchung erhobenen, hinreichend sind, um eine Versetzung in den Anschuldigungsstand zu beschließen, ist dagegen nach unserer Strafprozeßordnung von 1845, sowie nach dem Gesetz vom 17. Februar 1848 und dem Gesetz vom 5. Februar 1851 die Reasumtion nach erfolgtem lossprechendem Erkenntnisse weit mehr beschränkt.

Nach der Strafprozeßordnung von 1845 kann in den Fällen, wo das Verfahren mit Zustimmung des Staatsanwalts eingestellt wurde, oder wo das Gericht wegen Mangels an Beweis ausgesprochen hat, daß eine weitere gerichtliche Verfolgung nicht stattfinden soll, das Verfahren später auf Antrag des Staatsanwalts wieder aufgenommen werden, wenn neue unmittelbare Beweismittel zur

Kenntniß des Richters kommen oder solche neue Beweismittel, welche dringende Anzeigungen in rechtliche Gewißheit zu setzen geeignet sind. §. 301. Ist der Angeschuldigte auf gepflogene Verhandlung freigesprochen, so findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur auf Antrag des Staatsanwalts in folgenden Fällen statt:

1) wenn durch gerichtliches Strafurtheil hergestellt ist, daß die Freisprechung durch Fälschung, falsches Zeugniß, Bestechung oder durch eine andere strafbare Handlung herbeigeführt wurde;
2) wenn der Freigesprochene später selbst gerichtlich oder außergerichtlich ein Geständniß des Verbrechens abgelegt hat;
3) wenn in der Folge andere Personen wegen des nämlichen Verbrechens verurtheilt worden sind und sich bei dieser Gelegenheit Beweismittel ergeben haben, welche die Ueberweisung des früher Losgesprochenen als Mitschuldigen zu begründen geeignet sind. §. 302.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Angeschuldigten findet jedoch nur bis zum Eintritt der Verjährung statt, welche in den Fällen des §. 302 Ziff. 1, sofern der Angeschuldigte an der Fälschung, Bestechung oder anderen strafbaren Handlungen Theil genommen hat, mit der Verkündung des Urtheils, in anderen Fällen aber mit dem Tage der Begehung des Verbrechens zu laufen beginnt.

Bei Vergehen, die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens in den Fällen der §§. 301 bis 303 *) überhaupt nicht statt. §. 309. Und wird gegen den Angeschuldigten, zu dessen Gunsten ein freisprechendes Urtheil, oder der Ausspruch, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, ergangen ist, das Verfahren wieder aufgenommen, so findet gegen denselben, wenn er hierauf freigesprochen wird, eine nochmalige Wiederaufnahme des Verfahrens nicht statt, ausgenommen:

1) wenn durch gerichtliches Strafurtheil hergestellt ist, daß er die Freisprechung durch Fälschung, Bestechung oder durch eine andere strafbare Handlung herbeigeführt habe, oder
2) wenn er selbst später aus freiem Antriebe ein gerichtliches Geständniß ablegt. §. 310 St.P.O.

*) In §. 303 sind die Fälle bezeichnet, in welchen die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein verurtheilendes Erkenntniß stattfindet.

Diese Bestimmungen sind durch das Gesetz vom 17. Februar 1847 (Reg Bl. No 8) in mehrfacher Hinsicht abgeändert worden. In §. 45 Ziff. 7 des allegirten Gesetzes ist nemlich bestimmt:

Der §. 302 Ziff 1 ist auf folgende Weise zu fassen:
„wenn durch gerichtliches Strafurtheil festgestellt ist, daß in dem vorigen Verfahren falsche Urkunden oder falsche Zeugnisse vorgebracht wurden, oder Bestechung oder eine andere strafbare Handlung vorkam und nach den Umständen anzunehmen ist, daß die zuvorgenannten Handlungen einen wesentlichen Einfluß auf die erfolgte Freisprechung hatten."

In §. 302 Ziff 2 sind die Worte: „oder außergerichtlich" zu streichen.

§. 302 Ziff. 3 ist wegzulassen.

Der §. 310 fällt weg.

Während in §. 302 Ziff. 2 der Str.Pr.O. die Wiederaufnahme des Verfahrens auch gestattet war, wenn der Freigesprochene nicht nur ein gerichtliches, sondern auch ein außergerichtliches Geständniß des Verbrechens abgelegt hat, findet nach dem §. 45 Ziff. 7 des Gesetzes vom 17. Februar 1849 die Wiederaufnahme nur im Falle eines gerichtlichen Geständnisses statt. Schon bei den Verhandlungen in der zweiten Kammer über den §. 302 wurde dafür, daß selbst ein außergerichtliches Geständniß zur Wiederaufnahme des Verfahrens hinreichen soll, besonders hervorgehoben, daß die Beschränkung des Rechtsmittels der Wiederaufnahme des Verfahrens auf den einzigen Fall, wo ein Freigesprochener sich bewogen findet, freiwillig vor Gericht zu gehen und die That zu bekennen, mit der Pflicht des Staates, seine Angehörige gegen Verbrecher zu schützen, kaum vereinbarlich sein dürfte, daß es vielmehr zum öffentlichen Aergerniß gereichen würde, wenn ein Verbrecher, der sich vor Gericht glücklich durchlog, öffentlich und unter Umständen, welche die Wahrheit des Geständnisses beweisen, des Verbrechens sich rühmen und die Gesetze wie die Gerichte unangefochten verhöhnen dürfte. Auf der anderen Seite wurde aber geltend gemacht, daß das außergerichtliche Geständniß keinen hinreichenden Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens bilde, weil damit leicht Mißbrauch getrieben werden könne, indem man Plaudereien und Großsprechereien, wobei sich der Freigesprochene vielleicht einer That rühme, die er zu begehen weit entfernt gewesen sei, zur Erneuerung der gerichtlichen Verfolgung benütze, die mit allen ihren Uebeln schon einmal über den Angeschuldigten ver-

hängt gewesen sei, ohne ein anderes Ergebniß, als seine Freisprechung geliefert zu haben. Wer einmal die Qualen einer Untersuchung überstanden und ein freisprechendes Urtheil erlangt habe, solle denselben nicht mehr unterworfen werden, außer, wenn er selbst wolle, d. h. wenn er freiwillig vor Gericht erscheine und die That eingestehe. (Volenti non fit injuria.) Dieß gebietet die Humanität. Aus denselben Gründen wollte man auch die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen den Freigesprochenen in dem Falle nicht gestatten, wenn bei einer Untersuchung gegen seine Mitschuldigen diese verurtheilt worden sind und sich dabei erhebliche Beweise auch gegen ihn ergeben. Vergl. Commissionsbericht erstattet in der zweiten Kammer von Stockhorn zum Tit XX. §. 277 des Entwurfs der Str.Pr.O. S. 69.

Diese Gründe fanden jedoch im Jahre 1844 noch keinen allgemeinen Anklag, sondern schlugen erst im Jahre 1848 und 1849 durch Vrgl. Annalen XIX. S. 330

Mit den Bestimmungen des Gesetzes vom 17. Februar 1849 stimmen in Beziehung auf die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen lossprechende Erkenntnisse jene des Gesetzes vom 5. Februar 1851 wörtlich überein

Das Gesetz von 1851 unterscheidet nämlich wie jenes von 1849 zwischen den Fällen über Vergehen, die nach §. 16 zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören und den Fällen über Vergehen anderer Art. In den ersteren, d. h. in den zur amtsgerichtlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Straffällen findet eine Wiederaufnahme des Verfahrens überhaupt nicht statt, gleichviel ob das Verfahren eingestellt oder wegen Unzulänglichkeit der Beweise verfügt worden ist, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, oder der Angeschuldigte nach §. 105 definitiv freigesprochen worden ist, ohne Unterschied, ob nach §. 17 das Amtsgericht selbst oder im Falle des §. 18 auch das Hofgericht das frühere Erkenntniß gegeben hat. Denn nach §. 124 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 tritt der §. 309 der Str Pr.O in Wirksamkeit. Und nach dem allegirten §. 309 findet bei Vergehen, die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, eine Wiederaufnahme des Verfahrens in den Fällen der §§ 301 bis 303 überhaupt nicht statt. Und an die Stelle der §§. 301 und 302 der Str.Pr.O. ist der § 118 und 122 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 getreten. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der §. 309 der Str.Pr.O nur auf solche Fälle sich bezieht, wo eine bestimmte Person als Angeschuldigter behandelt worden ist. Wenn die Untersuchung nur auf Erhebung des Thatbestandes und allgemeine Erkundigung nach dem Thäter sich beschränkte und dann beruhen blieb oder vielmehr eingestellt wurde, weil kein Thäter bekannt war, so kann die Untersuchung zu jeder Zeit, sobald sich Verdachtsgründe gegen eine bestimmte Person ergeben, wieder aufgenommen oder fortgesetzt werden, und es findet die Bestimmung in §. 309 Str Pr.O. keine Anwendung.

In anderen als zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Fällen findet nach §. 118 da, wo das Verfahren eingestellt (§. 28) oder wegen Unzulänglichkeit der Beweise verfügt worden ist, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei (§. 35 Abs. 1 und 79), die Wiederaufnahme des Verfahrens statt, sobald neue erhebliche Beweise vorgefunden werden. Ein Antrag des Staatsanwalts ist nicht nothwendig, wenn auch der Staatsanwalt früher die Genehmigung zur Einstellung der Untersuchung ertheilt hatte. Ist aber nach §. 35 ausgesprochen worden, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht ist, so kann keine Wiederaufnahme des Verfahrens angeordnet werden, da von diesem Falle der §. 118 nicht spricht.

Ist dagegen der Angeschuldigte auf gepflogene Verhandlung in der Form des §. 105 freigesprochen, so findet nach §. 122 eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag des Staatsanwalts nur in folgenden Fällen statt:

1) wenn durch gerichtliches Urtheil festgestellt ist, daß in dem vorigen Verfahren falsche Urkunden oder falsche Zeugnisse vorgebracht wurden oder Bestechung oder eine andere strafbare Handlung vorkam und nach den Umständen anzunehmen ist, daß diese Handlungen einen wesentlichen Einfluß auf die erfolgte Freisprechung hatten.

2) Wenn der Freigesprochene später selbst gerichtlich ein Geständniß des Verbrechens abgelegt hat. Und es macht dabei das Gesetz keinen Unterschied, ob die frühere Freisprechung von einem Schwurgericht oder von einem Hofgericht ausging. Der § 122 spricht ausdrücklich nur von der Freisprechung auf gepflogene Verhandlung, gleichwohl wird die daselbst vorgesehene Wiederaufnahme auch in solchen Fällen stattfinden, wo das lossprechende Urtheil nach §. 35 auf die Grundlage der Acten in geheimer Sitzung gefällt worden ist Denn der §. 122 ist theilweise dem §. 302 der Str Pr.O. entnom-

men, und die Str.Pr.O setzt voraus, daß beim Hofgericht und Bezirksstrafgericht stets eine mündliche Verhandlung eintrete, wogegen jetzt nach §. 35 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 das Hofgericht wegen etwa erforderlicher besserer Aufklärung von Anschuldigungs- oder Entschuldigungsthatsachen eine mündliche Schlußverhandlung anordnen kann, in der Regel aber mit Umgehung einer solchen das Urtheil auf die Grundlage der Acten in geheimer Sitzung gefällt wird.

Zur Wiederaufnahme des Verfahrens in den Fällen des §. 122 bedarf es stets eines Antrags des Staatsanwalts, es kann also dieselbe nicht von Amtswegen durch den Untersuchungsrichter geschehen oder von einem Gericht erkannt werden. Und wenn der Freigesprochene nicht selbst ein gerichtliches Geständniß des Verbrechens ablegt, ist der Nachweis erforderlich, daß das frühere lossprechende Urtheil durch Bestechung oder ein anderes Verbrechen wenigstens theilweise herbeigeführt wurde, und dieser Nachweis kann im Falle des §. 122 nicht etwa wie im Falle des §. 119 zur Begründung der Wiederaufnahme erst geliefert werden, sondern es wird zur Zuläßigkeit des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens vorausgesetzt, daß das zum Vortheil des Angeklagten stattgehabte Verbrechen (z. B. Urkundenfälschung, falsches Zeugniß, Bestechung u. s. w.) durch ein gerichtliches Strafurtheil bereits festgestellt ist.

Auf den Grund eines gerichtlichen Geständnisses wird aber eine Wiederaufnahme stattfinden, gleichviel ob der Angeschuldigte freiwillig vor Gericht erscheint und die That eingesteht, oder erst auf vorausgegangene Instanzirung ein Geständniß ablegt, wenn nur überhaupt das Geständniß freiwillig vor Gericht abgelegt, d. h. nicht durch Versprechungen, falsche Vorspiegelungen, Zwang oder Drohung veranlaßt worden und durch andere Thatsachen oder Nebenumstände unterstützt ist. §. 199. 252. 253 Str.Pr.O.

Alle anderen, noch so wichtigen, direkten, die Schuld des Angeklagten noch so klar darstellenden neuen Beweismittel (z. B. wenn zwei klassische Zeugen, die vielleicht auf einer Reise begriffen und deßhalb bei der ersten Untersuchung nicht beizuschaffen waren, nun zurückkehren und die Verübung des Verbrechens am hellen Tage vollständig mitangesehen haben) müssen völlig unberücksichtigt bleiben und berechtigen die Gerichte nicht, gegen den Freigesprochenen einzuschreiten. Uebrigens setzt der §. 122 voraus, daß der neuerdings Beschuldigte und der früher Freigesprochene eine und dieselbe Person ist. Stellt sich heraus, daß das Verbrechen von anderen Personen verübt oder von anderen Personen bei der Verübung des Verbrechens Theil genommen wurde, so kann zu jeder Zeit, insofern die Verjährung nicht eingetreten ist, gegen diese anderen Personen eingeschritten und die Untersuchung fortgesetzt werden, es greift also in diesem Falle der §. 122 nicht Platz.

Dagegen finden die Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Februar 1851 über Wiederaufnahme des Verfahrens überhaupt, also auch die Bestimmungen in den §§ 118 122 selbst in den Fällen Anwendung, welche unter der Herrschaft des alten Gesetzes abgeurtheilt worden sind, indem die Vorschriften des Verfahrens sich immer nach denjenigen Gesetzen richten, welche zur Zeit der Ergreifung eines Rechtsmittels gelten. (Vergl. Art. II. der Schlußbestimmungen der bürgerl. Pr.O. von 1851.) Der §. 147 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 steht dem nicht entgegen. Denn hiedurch ist nur für den Fall, wenn in einer nach den früheren Gesetzen abgeurtheilten Sache dem Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens stattgegeben wird, vorgeschrieben, daß die neuerliche Aburtheilung nach der früheren Verfahrungsart und von dem sämtlichen Gerichte vorzunehmen ist, welches das erste Urtheil gegeben hat Es findet daher für das Vorverfahren, wo über die Zuläßigkeit der gesuchten Wiederaufnahme erkannt wird, nach §. 143 das Gesetz vom 5. Februar 1851 Anwendung. Bekk, Anmerkungen zum §. 147 S. 124 125.

Nach den hier entwickelten Grundsätzen wurde in folgendem Falle verfahren.

Am 10. Juli 1842, Abends um 9 Uhr, brach in dem oberen Theile der Stadt Markdorf Feuer aus, welches mit außerordentlicher Schnelligkeit um sich griff und 78 Gebäude zerstörte. Von den Einwohnern Markdorfs wurden durch dieses Brandunglück 80 Familien ihres Obdachs beraubt, an Leib oder Leben jedoch Niemand beschädiget. Der durch den Brand verursachte Schaden beträgt an Gebäulichkeiten 102,410 fl und an Fahrnissen 113 878 fl. Der Brandstiftung waren Maria Br und deren Sohn Johann Baptist Br. beschuldiget und zwar Erstere der Anstiftung und der Letztere der Ausführung dieses Verbrechens. Vom Hofgericht des Seekreises wurde durch Urtheil vom 30. September 1843 erkannt, es sei die gegen

die gedachten Angeschuldigten eingeleitete Untersuchung wegen Mangels hinreichender Verdachtsgründe aufzuheben und seien die Angeschuldigten des ihnen zur Last gelegten Verbrechens für verdachtlos zu erklären, während ein Votant auf Klagfreierklärung angetragen hatte.

Inzwischen hatten sich gegen die Angeschuldigten neuerdings Verdachtsgründe ergeben, die blos auf außergerichtlichen Geständnissen beruhten, welche die früher Freigesprochenen abgelegt haben sollen. Der Staatsanwalt am Hofgericht des Seekreises erklärte aber auf Vorlage der Acten, daß er sich nicht veranlaßt sehe, auf Wiederaufnahme des Verfahrens anzutragen, da weder die Voraussetzungen des §. 18 des Strafedikts noch jene des §. 122 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 hier vorhanden seien.

Haager.

II.

Zur Pfandklage.

Wirkt das zu Gunsten eines Pfandgläubigers gegen den Schuldner über den Forderungsbetrag ergangene Urtheil gegen den dritten Inhaber der vom Pfandrecht erfaßten Liegenschaft auch dann, wenn er sie schon vor dem Urtheile erworben hatte, oder kann er der Pfandklage, auf die Grundsätze über die Rechtskraft der Urtheile sich berufend, entgegenhalten, der Pfandgläubiger müsse ihm, als Dritten, gegenüber die Forderung selbstständig und neu begründen?

Martin Weber von Uessingen war vom 28. März 1843 bis zum 24. Oktober desselben Jahres Vormund des Johann Michael Herrmann von dort. Nach Beendigung der Vormundschaft verkaufte er den 6. Septbr. 1845 an verschiedene Einwohner von Uessingen einige seiner Liegenschaften. Johann Michael Herrmann wurde am 24. Juni 1854 volljährig und reichte am 4. Februar 1856 eine Klage gegen seinen früheren Vormund Weber ein, worin er verschiedene Ersatzansprüche an diesen aus der geführten Verwaltung geltend machte. Weber ließ sich auf die Klage nur unvollständig ein, und da er in der auf den 10. März 1856 zur Vervollständigung der Einlassung anberaumten Tagfahrt auch nur eine ausweichende und unbestimmte Erklärung abgab, so erging sofort auf des Klägers Antrag ein Versäumungserkenntniß. Bei der Vollstreckung desselben konnten an der klägerischen Forderung von 140 fl. — auf diesen Betrag war sie durch das Versäumungserkenntniß festgestellt worden — mehr nicht als nur 12 fl. aus des Schuldners Vermögen beigetrieben werden.

Der Kläger griff deßhalb zufolge L.R.S. 2166 auf die Liegenschaften, welche sein früherer Vormund in der Zwischenzeit nach dem Verlust der Vormundschaft aber vor dem Urtheil an Uessinger Einwohner veräußert hatte, auf welche nach L.R.S. 2121. 2135. Ziff. 1, wegen aller aus Webers Verwaltung ihm dem Mündel erwachsenen Ansprüche zu seinen Gunsten mit der Annahme der Vormundschaft kraft Gesetzes ein von aller Eintragung unabhängiges Unterpfandsrecht eingetreten sei, und berief sich zur Begründung und zur Nachweisung des Betrags seiner Restforderung, für welche er aus den in die Innehabung Dritter, der Beklagten, übergegangenen Liegenschaften Befriedigung verlangte, lediglich auf das Versäumungserkenntniß, welches er am 10. März 1856 gegen seinen früheren Vormund Weber erwirkt hatte.

Die Beklagten beanstandeten nicht, daß am 10. März 1856 fragliches Urtheil gegen ihren Rechtsvorfahren (in der Innehabung der Liegenschaften) ergangen, sie wendeten aber ein, daß dieses Urtheil gegen Jenen erst dann erfolgt sei, nachdem die Liegenschaften bereits in ihr Eigenthum übergegangen gewesen seien, demnach wirke es nach L.R.S. 1351 nicht gegen sie, als Dritte. Sie verlangten daher, daß der Kläger seine Forderung aus der Verwaltung seines früheren Vormunds, als die Grundlage und thatsächliche Voraussetzung des ihnen gegenüber auf ihre von Weber erworbenen Liegenschaften beanspruchten Unterpfandsrechts, in dem gegen sie eingeleiteten gerichtlichen Verfahren selbstständig begründe und erforderlichen Falls beweise.

Der Unterrichter erkannte jedoch nach dem Gesuch der Pfandklage und sein Urtheil wurde von dem großherz. Hofgerichte des Unterrheinkreises III. Civ.Sen. unterm 16. Januar 1858 aus folgenden Gründen bestätigt:

Die von den Beklagten, Appellanten, erhobenen Anstände, daß nämlich das erst nach der Zeit ihres Erwerbs der fraglichen Liegenschaften gegen deren früheren Inhaber ergangene Urtheil gegen sie, als Dritte, nicht wirke, haben allerdings in den Grundsätzen über die Rechtskraft rich-

terlicher Urtheile einen Halt, indem nach L.R.S. 1351 der Prozeß unter denselben Parthien geführt worden sein muß, um sich auf dessen rechtskräftige Entscheidung beziehen zu können. Nun sind aber die besonderen Rechtsnachfolger in eine Liegenschaft keineswegs identisch mit der Person ihrer Rechtsvorfahren, sonach kann dieser durch Verfügungen, welche die veräußerte Liegenschaft betreffen, nicht auch Jene verpflichten.

Gilbert, No. 140 zu Art. 1351.

Dieser Grundsatz hat um so mehr für sich, wo, wie hier, das Vorhandensein und Größe einer Verbindlichkeit gegen den Rechtsvorfahren aus dessen Unthätigkeit durch Unterstellung seiner stillschweigenden Zustimmung gefolgert wird und zudem bei dessen Vermögenslosigkeit und des Leichtsinns nahe und die Erfolglosigkeit des in L.R.S. 2178 gegen denselben eingeräumten Rückgriffsrechts vor Augen liegt.

Dagegen kommt aber in Betracht, daß nicht die Beklagten in der Eigenschaft als persönliche Schuldner belangt, sondern daß die Grundstücke, welche in der Inhabung des Schuldners von dem Unterpfandsrechte des Klägers erfaßt werden, und mit dieser Belastung in ihre Inhabung übergegangen sind, zum Zweck des Verkaufs als Mittel zur Befriedigung des Klägers für seine Restforderung an den früheren Inhaber, seinen Schuldner, in Anspruch genommen sind.

L.R.S. 2166. 2169.
§. 1000 d. Pr.O.
Sirey XII. I. 300.

„Le plus important de ces effets de l'hypothèque est de suivre l'immeuble en quelque main qu'il passe, pour obtenir . . soit le payement volontaire de la chose assurée sur cet immeuble, soit le délaissement par hypothèque, ou arriver à la voie de l'expropriation forcée."

Troplong des pr. et hypothèques T. II. No. 775

„Le droit de suite ne permet donc que le débiteur nuise par des actes d'aliénation aux droits hypothécaires du créancier inscrit." Troplong ibid. No. 776.

„Sans lui le créancier verrait son gage lui échapper avec la même facilité que le meuble le plus fragile. Mais le droit de suite retient ce gage dans les liens de l'hypothèque.

Troplong No. 775.

Nach französischem Recht muß deßhalb der Pfandgläubiger den Verkauf gegen den Schuldner, den früheren Inhaber, mitbetreiben,

L.R.S. 2169.
Zachariä (V.) §. 287 Note 16, §. 283 Note 5, Art. 673. 674. C. de pr.

denn der C. c. stellt in der Lehre von der Verfolgung eines Unterpfandsrechts gegen den dritten Inhaber (droit de suite) ein eigenthümliches, sofort exekutives, Verfahren auf.

Zachariä §. 287 Note 1.

L'on vient de voir que l'exercice de l'hypothèque contre les tiers détenteurs n'amène plus devant le juge, qu'elle donne seulement ouverture à la vote prompte et directe de l'exécution.

Ainsi l'hypothèque inscrite vient se résoudre en saisie immobilière que le créancier a droit d'exercer rectâ viâ contre les tiers detenteurs."

Troplong ibid. No. 779[a].

Hieraus folgt, daß der dritte, an sich nicht persönlich haftende Inhaber der Liegenschaft, auf welche gegriffen wird, die gegen den Schuldner bereits festgestellte Forderung und deren Betrag nicht für sich in Streit ziehen und das ihn nicht berührende Schuldverhältniß nicht zur eigenen Sache machen darf: denn er ist nicht Stellvertreter des Schuldners, sondern Vertreter einer Liegenschaft, auf welche wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, des Schuldners, der gegen diesen gerichtete Zugriff eingeleitet beziehungsweise fortgesetzt wird.

„Le créancier pourra toujours la (chose hypothèque) poursuivre entre les mains de l'acquereur . . de même que si le domaine n'en eût pas été transféré."

Troplong No. 775.

Man könnte zwar aus den Worten des L.R.S. 2173 „wenn der dritte Inhaber die Richtigkeit der Schuld schon anerkannt hat," für denselben das Recht ableiten wollen, die Richtigkeit der Schuld zu beanstanden; allein dieser Satz handelt nur von dem Abtretungsrechte, welches der dritte Inhaber nicht dadurch verwirke oder verliere, daß er „a reconnu l'obligation, ou subi condamnation en cette qualité;" d. h. daß die Haftbarkeit des Grundstücks von ihm ausdrücklich anerkannt oder durch Urtheil gegen ihn ausgesprochen ist. Zachariä §. 287 a. E.

„L'acquéreur reconnait l'obligation en qualité de tiers détenteur, l'orsqu'il reconnait que sa propriété est hypothèquée à la dette."

Troplong No. 824.

Zwar muß zugegeben werden, daß in einem Falle, wie der vorliegende, der Käufer einer Liegenschaft durch die Sorglosigkeit oder Nachlässigkeit eines mittellosen Verkäufers schwer beschädigt werden kann; allein solchen Schaden kann er dadurch abwenden, daß er sein Eigenthum, wie im Eingang des L.R.S. 2167 gesagt ist, frei macht oder das gesetzliche Unterpfandsrecht auf des Verkäufers übrige Liegenschaften beschränken läßt, L.R.S. 2161,

Troplong ad art. 2122. No. 433[4] in fine,

Grenier traité des hypothèques No. 249—251,

oder auf die Aufforderung des Pfandgläubigers das Entlastungsverfahren einleitet.

L.R.S. 2183. 2179.

„Cette sommation est nécessaire pour faire courir le délai du purgement, car c'est seulement par l'expiration de ce laps de temps, sans purger ni payer, qu'il y a ouverture à l'expropriation."

Troplong, No. 790.

„.... cependant, aux termes de l'article 2183, le tiers détenteur peut éviter et arrêter ces poursuites en prenant, dans le même mois de la sommation, les mesures tendantes à purger ....

Le législateur semble toujours regretter que la purgation des hypothèques ne se fasse pas par les mesures prescrites etc."

Grenier No. 340. 2°.

Daß der dritte Inhaber kein selbstständiges Recht hat, das Schuldverhältniß des Hauptschuldners zu beanstanden, ergibt sich auch aus der Vergleichung der Einreden, welche ihm das Gesetz gestattet. Diese beziehen sich alle nur auf die Liegenschaft, nämlich sowohl:

a) die Einrede der Vorausklage, wodurch der Gläubiger veranlaßt werden soll, sich zuerst an die, für dieselbe Schuld haftenden Liegenschaften, die noch in der Innehabung des Schuldners sind, zu halten, L.R.S. 2170, als auch,

b) die Einrede, daß der Gläubiger ihm für die angegriffene Liegenschaft Gewähr zu leisten habe,

Zachariä, fr. Civ.Recht §. 287 Ziff. 2 vor und in Note 27,

c) endlich die Einrede, daß ihm der Gläubiger unmöglich gemacht habe, in sein Unterpfandsrecht 2c. einzutreten. L.R.S. 2037. 1251.

Zachariä a. a. O. Ziff. 3.

„Le code civil a décidé qu'un semblable payement donnait lieu à subrogation légale."

Troplong No. 788. 2°.

„Le tiers détenteur, qui paie le créancier inscrit est subrogé de plein droit aux hypothèques que ce créancier avait pour la créance... encore sur tous autres immeubles."

Troplong No. 789.

Hiernach bleibt die Verbindlichkeit nach wie vor auf den Gläubiger einerseits und den Hauptschuldner andererseits beschränkt und nur das Vollstreckungsmittel wird aus der Innehabung eines Dritten gefordert.

Die Zahlung statt des Schuldners, welche dem dritten Inhaber, der die belasteten Liegenschaften nicht aufgeben will, in L.R.S. 2168 (vrgl. 1236) freigestellt ist, tilgt die Forderung des Gläubigers und damit das zur Sicherung derselben dienende Pfandrecht,

„car il ne paie que comme bien tenant et non comme obligé personnel."

Troplong No. 788[2].

„il s'execute à la place du débiteur."

Idem No. 788[2].

Deßhalb gebietet auch der L.R.S. 2169, daß der Gläubiger 30 Tage vor dem Antrag auf Verkauf des Unterpfandsguts dem Hauptschuldner das Gebot zur Zahlung der klagbaren Schuld und dem dritten Inhaber die richterliche Aufforderung zur Zahlung der Schuld oder Abtretung des Guts einhändigen lasse.

Brauer, Erläuterungen Bd 4 zu Satz 2169 Nr. 97;

Zachariä, §. 287 vor und in Note 16.

„Le commandement ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire et le créancier n'a de titre que contre le débiteur principal."

Delvincourt T 8 p. 197.

...quant au tiers détenteur, on peut seulement le sommer de... délaisser, s'il n'aime mieux payer.

Idem No. 240.

Jedenfalls kann der dritte Inhaber Einwendungen gegen den Bestand der Schuld seines Rechtsvorgängers nur an dessen Statt, nicht kraft eigenen Rechtes machen, da zwischen ihm selbst und dem Gläubiger ein Schuldverhältniß nicht besteht. Hieraus folgt, daß solche Einreden, welche der Schuldner selbst nicht mehr vorbringen kann, auch dem dritten Inhaber

der verpfändeten Liegenschaft nicht zustehen, sonach wirkt gegen ihn die vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner über den Bestand der durch Pfandrecht gesicherten Schuld durchgefetzte rechtskräftige Entscheidung, wie dieß selbst gegenüber dem persönlich verpflichteten Bürgen jetzt anerkannt ist.

Troplong du mandat. No. 516.
Duranton, droit civil VII, No. 517.
Stabel, Vorträge S. 60.
Jahrb. n. F. X. S. 352. 353.
Sirey 33. II. p. 160.

„Le crénacier ne peut pas raisonnablement être forcé, pour exercer son droit d'hypothèque, de subir les embarras, les lenteurs et l'incertitude d'un procès, dont le résultat sera peut-être de voir rendre vaines toutes ses poursuites... Il est au moins aussi favorable que le créancier qui a reçu une caution.

Duranton VII. No. 246.

Hiernach können die Beklagten die, gegenüber dem Schuldner zu Gunsten des Klägers festgestellten einzelnen Forderungen nicht mehr beanstanden und in Widerspruch ziehen und ebensowenig Einreden dagegen vorbringen, welche auf Thatsachen, die sich vor der Einlassung ereigneten, Bezug nehmen. Stf.

III.

Dienstvertrag und Rechtskraft.

1) **Diäten sind als blose Vergütung der Auslagen eines Dieners bei auswärtigen Geschäften zu betrachten, die eben deßhalb ein außer Funktion gesetzter Diener nicht fordern kann.**
2) **Dabei macht es keinen Unterschied, ob Jemand lebenslänglich oder auf unbestimmte Zeit angestellt war.**
3) **Ist ein Anspruch durch die Einrede der entschiedenen Sache nur theilweise entkräftet, so wird derselbe gleichwohl ganz abgewiesen, wenn er schon an sich unbegründet ist.**

Rettig gegen von Venningen.

Der in freiherrlich von Venningen'schen Diensten gestandene Bezirksförster Rettig hatte, weil er nach Aufhebung der grundherrlichen Forstpolizei ohne Gehalt entlassen worden war, im Weg der Klage die Fortentrichtung seines seitherigen Diensteinkommens einschließlich der Diäten von 1849 bis 1852 auf den Grund lebenslänglicher Anstellung gegen die Dienstherrschaft beansprucht.

Mit dieser Klage abgewiesen erhob Rettig eine neue, gestützt auf die Behauptung, der Gehalt sei ihm bis dahin zugesichert worden, wo er im großherzoglichen Dienst übernommen sein würde, was bis jetzt nicht geschehen sei. Der Unterschied zwischen der früheren und jetzigen Forderung besteht allein darin, daß die Diäten nunmehr bis 1855 verlangt werden.

In erster Instanz wurde die Klage, wegen der Beklagterseits vorgeschützten Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, ihrem ganzen Begehren nach abgewiesen und dieses Urtheil bezüglich der Diätenforderung von großh. Hofgerichte bestätigt, wogegen der Kläger das Rechtsmittel der Oberappellation einführte, jedoch ohne günstigen Erfolg, indem die vorderinstanzlichen Erkenntnisse vom 5. Mai d. J. die oberstrichterliche Bestätigung erhielten.

Entscheidungsgründe.

Als Gegenstand der Beschwerde kommt nur derjenige Theil des Klaganspruchs, welcher die Diätenforderung betrifft, hier in Betracht. Dieselbe wurde jedoch mit Recht dem Kläger aberkannt, weil der an sich schon unbegründeten Klage noch überdieß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensteht.

Das Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 13 Januar 1855, welches durch den Verzicht des Klägers auf die Oberberufung rechtskräftig geworden ist, hat nämlich den damals schon vom Kläger gegen den Beklagten erhobenen Anspruch auf Ersatz der ihm vertragsmäßig zugesicherten gesetzlichen Diäten deßhalb verworfen, weil diese keinen festen Einkommenstheil bilden, sondern als eine bloße Vergütung der Auslagen eines Dieners bei auswärtigen Geschäften zu betrachten sind, daher von einem außer Funktion gesetzten Diener, sofern er sich eben deßhalb solchen Verrichtungen nicht mehr zu unterziehen hat, auch nicht gefordert werden können. Dieser Grund der Abweisung des fraglichen Anspruchs bleibt derselbe, mag nun, wie in der früheren Klage, ein lebenslängliches Dienstverhältniß oder aber, wie in der neueren Klage, ein Dienstvertrag, dessen Dauer eine bedingte ist, behauptet werden.

Obschon mittelst der rechtskräftig verworfenen Klage die Diäten nur vom 1. Mai 1849 bis Ende Dezember 1852, jetzt aber noch weiter bis mit 1855 gefordert sind, so ist es gleichwohl klar, daß der Grund der Aberkennung auch auf die Mehrforderung Anwendung findet.

Aus diesen Gründen 2c. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 17.

I.

1) Gibt es eine Nichtigkeitsklage im badischen Prozeßrechte?

2) Ist es, und auf welchem Wege ist es einem Schuldner möglich, eine Zahlung zurückzufordern, welche in Folge einer auf ein nichtiges Erkenntniß sich stützenden Vollstreckungsverfügung geleistet worden ist?

Das mittelrheinische Hofgericht hat in Uebereinstimmung mit dem großh. Amtsgerichte R. die erste Frage verneint. Veranlassung zu dieser Entscheidung gab folgender Rechtsfall:

Joseph Wertheimer III. begehrte und erhielt von dem großh. Bezirksamte R. einen bedingten Zahlbefehl „wegen Forderung von 671 fl. 19 kr. nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 12. Juni 1846 aus 351 fl. und von dem 7. Mai 1846 aus dem Rest, herrührend durch Viehkauf." In dem Protokolle ist der Wohnort der Beklagten bezeichnet: „z. Z. in Amerika." Der Vortrag des Klägers lautet: „Es bittet Kläger um Erlassung eines Zahlbefehls mit dem Bemerken, daß die Beklagten flüchtig und heimlich nach Amerika ausgewandert sind, und deßhalb wegen Austritts verurtheilt wurden." Daneben steht in Klammern: (ist richtig). Unter dem in gewöhnlicher Form erlassenen Zahlbefehle steht die Aufforderung, einen Gewalthaber zu ernennen, widrigenfalls alle Verfügungen an die Gerichtstafel angeschlagen würden. Der Zahlbefehl enthielt die Frist von acht Tagen.*)

*) §. 688 Ziff. 3 Pr.O. Ist auch dann, wenn die Beklagten weit entfernt, z. B. in Amerika sind, diese kurze Frist absolut maßgebend? oder hat nicht auch hier das verständige Ermessen des Richters den Umständen Rechnung zu tragen?

Dieser Beschluß ist unterzeichnet mit M., dem Anfangsbuchstaben des Namens eines Referendärs, welcher dem Amte R. — jedoch nicht als Amtsverwalter — sondern zur aushilfsweisen Verwendung in der Rechtspflege unter Aufsicht des Beamten zugetheilt war. Die Ausfertigung des Zahlbefehls, sowie die Veröffentlichung desselben in der Karlsruher Zeitung und einem Lokalblatte, und ebenso der Anschlag an die Gerichtstafel ist mit dem Namen des Referendärs unterschrieben. Am 18. Jan. 1855 bat der Kläger um Liquiderkenntniß, welches auch sofort ertheilt wurde. In den Akten ist dieses Versäumungserkenntniß mit E. M., den Anfangsbuchstaben der Namen des Beamten und des Referendärs unterzeichnet, die Ausfertigung desselben an den Kläger, und in dem Anschlage an die Gerichtstafel ist aber nur mit dem Namen des Referendärs unterschrieben. Nun blieb die Sache beruhen bis zum Juni 1857. Da erschien der Kläger vor Gericht und bat, da Beklagte nach Leutesheim zurückgekehrt seien, um Hilfsvollstreckung durch Fahrnißpfändung. Diese wurde am nämlichen Tage gewährt; der Beschluß in den Akten ist wiederum mit den Anfangsbuchstaben E. M. unterzeichnet, während die Ausfertigung mit dem Namen des Referendärs unterschrieben ist. Der Gerichtsvollzieher schritt sogleich zum Vollzuge seines Auftrages. Es fand sich baares Geld vor. Dieses wurde dem in einem Wirthshause zu Leutesheim sich befindenden Hummel „abgenommen"*) und auf das Rathhaus getragen, wo in Gegenwart des Bürgermeisters, des Schuldners und des Gläubigers dem letzteren eine sehr bedeutende Summe (Wertheimer behauptet 961 fl., Hummel dagegen 1118 fl.) aus dem dem Schuldner weggenommenen Geldsacke behändigt wurde.

*) Wie das großh. Amtsgericht nach seinen Entscheidungsgründen selbst annimmt.

Hummel hat nun auf zwei Wegen versucht, zu diesem Gelde wieder zu gelangen, indem er behauptete, daß Wertheimer zwar eine Forderung an ihn habe, diese aber weit aus nicht so groß sei, als die in dem Liquiderkenntnisse enthaltene. Ein Anwalt erhob nämlich eine „Einsprache gegen die Vollstreckung,“ worin er bat, das ganze Verfahren vom Zahlbefehle an bis zum Vollzuge der Vollstreckung für nichtig zu erklären; denn

1) sei nach dem eigenen Vortrage des Klägers der Beklagte schon im Jahr 1846 heimlich nach Amerika ausgewandert, er sei darauf des Orts- und Staatsbürgerrechts verlustig erklärt worden, und dadurch habe die früher competente Gerichtsbehörde, das Amt R., die Zuständigkeit verloren;

2) sei es in einer Frist von 8 Tagen dem Beklagten rein unmöglich gewesen, von der öffentlichen Aufforderung einen Gewalthaber zu bestellen und sich auf den Zahlbefehl zu erklären, nur Kenntniß zu erlangen, geschweige denn das Geeignete vorzukehren;

3) sei die Pfändung in gesetzwidriger Weise vollzogen worden.

Referendär M. verhandelte und entschied zum Nachtheil des Hummel diesen Rechtsstreit ohne Zuzug und Genehmigung des Beamten.

Nun erhob Hummel durch einen andern Anwalt eine Nichtigkeitsklage gegen Wertheimer, worin die so eben vorgetragenen Thatsachen enthalten sind, worauf das Gesuch gestellt wird, das amtliche Verfahren vom Zahlbefehle an bis zur Vollstreckung für nichtig zu erklären, und den Beklagten aufzugeben, das erhaltene Geld, vorbehaltlich des Nachweises seiner wirklichen Forderung herauszuzahlen. Das amtsgerichtliche Urtheil wies den Kläger nach gepflogenen Verhandlungen ab. Seine Entscheidungsgründe führen kurz die Hauptthatsachen an, und fahren alsdann fort:

„Dieses ganze Betreibungsverfahren wird nunmehr von dem Schuldner Hummel als nichtig angefochten, und das von ihm gestellte Begehren ist auf Ausspruch dieser Nichtigkeit und folgeweise auf Verurtheilung des jetzt verklagten Gläubigers zur Rückerstattung der empfangenen 1118 fl., soweit er nicht die rechtliche Existenz einer Forderung nachzuweisen vermöge, und zwar nebst Verzugszinsen gerichtet.

Als Nichtigkeitsgründe werden folgende geltend gemacht:

1) Der bedingte Zahlungsbefehl vom 2 Dezbr. 1854 und dessen Ausfertigung sei nur von Referendär M. unterzeichnet, welcher weder selbstständige richterliche Qualität besitze, noch damals mit einer Amtsverwaltung betraut gewesen sei. Das Liquiderkenntniß und die Vollstreckungsverfügung seien zwar im Concepte von dem damaligen Beamten mitunterzeichnet, die Ausfertigungen dagegen ebenfalls nur von Referendär M.

Wenn man aber auch den bedingten Zahlungsbefehl hiernach als wirkungslos betrachtet, so vermöchte damit doch noch nicht einer Nichtigkeitsklage bezüglich des Liquiderkenntnisses und der Vollstreckungsverfügung Eingang verschafft zu werden. Denn diese beiden Akten gingen anerkannter Maßen von einem wirklichen Richter aus; und wenn es auch an wesentlichen Voraussetzungen ihrer Rechtsbeständigkeit mangelt, so konnte dieser Mangel doch nur durch die gewöhnlichen Rechtsmittel nach Maßgabe des §. 1121 und ff. der P.O. geltend gemacht werden. Es wäre ebensowenig eine Nichtigkeitsklage dagegen statthaft, als wenn nicht einmal der Schein eines bedingten Zahlbefehles dagegen vorläge, sondern das ganze Verfahren mit einem Liquiderkenntnisse begonnen hätte.

Auch der Umstand, daß die Ausfertigungen der fraglichen Verfügungen nur von Referendär M. unterzeichnet sind, ist nicht im Stande die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage zu begründen. Es folgt daraus zunächst nur, daß jene Verfügungen nicht als rechtsgültig eröffnet gelten, und es stand dem Kläger daher auch hier der Weg der gewöhnlichen Rechtsmittel offen. Ließ er diesen zur Wahrung seiner Rechte vollkommen ausreichenden Weg unbenützt, so muß er sich die ihm dadurch zugegangenen Nachtheile selbst beimessen.

2) Die Voraussetzungen zur öffentlichen Verkündigung des bedingten Zahlungsbefehls und des Liquiderkenntnisses seien, wie in der Klage näher ausgeführt wird, nicht nachgewiesen. Wenn diese Thatsache auch richtig wäre, so würde sie ihrer Wirkung nach lediglich mit dem Zuletztgesagten zusammenfallen und konnte daher ebenfalls nur den gewöhnlichen Rechtsmitteln Eingang verschaffen.

Zur Zulassung einer Nichtigkeitsklage liegt hier wie dort, weder ein allgemeiner, noch ein besonderer rechtlicher Grund vor.

3) Der jetzige Beklagte habe in gewinnsüchtiger Absicht, und zur Gefährde des Klägers dessen Abwesenheit in Amerika benützt, um eine übertriebene und theilweise

schon durch Zahlung und Verjährung erloschene Forderung an denselben richtig zu stellen.

Allein in der bloßen Behauptung des Schuldners, daß die an ihn geltend gemachte Forderung theils an sich geringer, theils durch Zahlung und Verjährung erloschen sei, kann noch keineswegs der Thatbestand einer Gefährde, oder absichtlichen Verkürzung durch den Gläubiger gefunden werden, und wenn auch eine solche hier vorläge, so würde sie dennoch nicht die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage begründen. Es geht dieß klar aus den Bestimmungen des §. 1209 Ziff. 6 in Verbindung mit §. 1224 Pr.O. hervor.

Hiernach findet nämlich sogar, wenn ein Urtheil durch betrügerische Handlungen der Gegenpartie erwirkt worden ist, nur das Rechtsmittel der Wiederherstellung, und sofern das Urtheil, wie hier ein Versäumungserkenntniß ist, nicht einmal dieses Statt, also noch viel weniger eine Nichtigkeitsklage, und es ist dies im Hinblick auf §. 607. 612. 615 Pr.O. auch leicht begreiflich.

Die vorliegende Klage erscheint hiernach als in Rechten nicht begründet."

Das mittelrheinische Hofgericht bestätigte das abweisende amtsgerichtliche Urtheil.

Entscheidungsgründe.

„Als solche werden die unterrichterlichen angenommen, und wird denselben beigefügt, daß nach der bad. Pr.O. über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer richterlichen Entscheidung nur im Wege der Appellation oder Restitution gestritten werden kann, wobei die nichtgehörige Verkündung des Urtheils nur auf den Anfang des Fristenlaufes Einfluß hat."

„Dem Versuche, die erhobene Klage als eine Klage zur Ungebühr (condictio indebiti) aufrecht zu erhalten, steht entgegen, daß die Erfordernisse einer solchen Klage und darunter namentlich das Haupterforderniß des Irrthums fehlt."

Es zeigt dieser Rechtsfall wieder sehr deutlich, daß es unserer badischen Gesetzgebung nicht gelungen ist, die Lehre von den Nichtigkeiten mit derjenigen Klarheit und Bestimmtheit in die Pr.O. einzuführen, welche nach den endlosen Streitigkeiten hierüber in dem gemeinen deutschen Prozeßrechte wünschenswerth erschien.

Wie sehr es auch das Bestreben des badischen Gesetzgebers war, als eine neue bürgerliche Pr.O. in das Leben gerufen werden sollte, hier Abhilfe zu gewähren, geht mit Bestimmtheit aus den Vorschriften über die Appellation ohne Rücksicht auf das Dasein der Summe hervor. Nach von Weilers Motiven sollte man sogar glauben, es sei die Absicht der Gesetzgebungscommission gewesen, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage ganz aufzuheben, es aus dem Systeme der Rechtsmittel zu beseitigen. *) Aber schon

---

*) Zu dem **XLV.** Titel: Von den Rechtsmitteln im Allgemeinen sagt v. Weiler in seinen Motiven zum Entwurfe der bürgerl. Prozeßordnung: „Stellt man die Rechtsmittel, welche nach dem gemeinen Prozeßrechte und nach der bad. Obergerichtsordnung in Uebung sind, unter diesen Gesichtspunkt, so ergeben sich folgende Mängel, welchen in dem neuen Systeme abzuhelfen war: — — 3) die Nichtigkeitsklage war bereits auf die Beschwerden wegen Formverletzung beschränkt, es war aber kein Grund vorhanden, andere Fristen, als jene der Appellation, festzusetzen, weil die Partei sobald sie das beschwerende Urtheil kennt, eben so leicht wegen formeller, als wegen materieller Fehler ihre Beschwerden vorbringen kann. Der Unterschied zwischen Appellation und Nichtigkeitsklage kann nur darin liegen, daß dort auf eine Beschwerdesumme Rücksicht genommen wird, hier nicht." — — Nach diesen Voraussetzungen bildet sich ein weit einfacheres System der Rechtsmittel. A. In zweiter Instanz. 1) Appellation unter der Bedingung des Vorhandenseins einer bestimmten Streitsumme. 2) Appellation unter den nämlichen Formen, jedoch ohne die Bedingung, daß eine bestimmte Streitsumme vorhanden sei, in bestimmten außerordentlichen Fällen als Surrogat der Nichtigkeitsklage." — Zu dem **XLVI.** Titel erster Abschnitt sagt von Weiler zu dem als §. 1175 aufgenommenen §. 1180 des Entwurfs: „In diesem §. werden im Gegensatze zu den nach einer Appellationssumme zu bemessenden Beschwerden jene Beschwerden aufgezählt, welche ohne Rücksicht auf eine Summe appellabel sind. Auf diesem Wege erhält die bisherige Nullitätenklage ihr Surrogat. Die hier aufgenommenen Nummern haben den gemeinschaftlichen Bestimmungsgrund, daß die Rechtspflege in solchen wesentlichen Dingen verletzt ist, daß eine Rechtshilfe dagegen jedenfalls möglich sein muß. Dahin gehört: 1) — — 2) „Die Fälle, wo wesentliche Voraussetzungen einer **gültigen** Rechtspflege mangeln, wohin die Nummern 2. 3. 5. 8 zu zählen sind." — Zu dem zweiten Abschnitte dieses Titels: Von der aufschiebenden Wirkung der Appellation zählt von Weiler es unter die wohlthätigen Bestimmungen der neuen Gesetzgebung, daß „den Rechtsmitteln da, wo sie nur als außerordentliche Hilfsmittel erscheinen, keine aufschiebende Wirkung verliehen" sei; und sagt: — — „Daher die Bestimmungen, welche der Nichtigkeitsklage (**jetzt** Appellation ohne Rücksicht auf Summe) und der Wiederherstellungsklage den Suspensiveffekt nicht gestatten." Ferner zu dem als §. 1176 aufgenommenen §. 1182 des Entwurfs: „Dieser §. bestätigt die schon bestehende Bestimmung, daß die Nullitätenbeschwerde bei dem Mangel der Appellationssumme auf eine Instanz beschränkt ist, wenn nicht in dieser Instanz selbst die Nullitätenbeschwerde zuerst zugefügt wird."

Nach diesen bestimmten Aussprüchen sollte man allerdings anneh-

einige Jahre nachdem die bürgerliche Pr.O. ins Leben gerufen war, wurde von einer bewährten Autorität ausgeführt, daß die Nichtigkeitsklage keineswegs durchaus aus dem badischen Prozeßrechte verschwunden sei. (Trefurt in Annalen 1836 No. 36.)

Dieser Ansicht trat zwar Bekk, welcher damals die Annalen redigirte, in derselben Nummer dieses Blattes entgegen; allein Stabel in dem bekannten Aufsatze: die Nichtigkeitsbeschwerden in der badischen Pr.O. in den Blättern für Justiz und Verwaltung II. Bd S. 93 hat wie mir scheint, schlagend nachgewiesen, daß unsere Pr.O. keineswegs alle und jede Nichtigkeitsklagen aus ihrem Systeme verbannt hat, *) wenn gleich sie solche nicht in den Titeln von den Rechtsmitteln erwähnt.

Stabel führt aus, daß, wo das Gesetz die Nichtigkeit ausdrücklich angedroht habe, die daran laborirende Verfügung oder Entscheidung auf jedem Wege, auch auf dem der Klage, welche eben die Nichtigkeitsklage ist, angefochten werden könne. Ich beabsichtige nicht dieser Ausführung neue Gründe beizufügen. Nur die eine Behauptung sei hier angefochten:

Wäre die Ansicht richtig, daß nur auf dem Wege der Appellation und der Wiederherstellungsklage die Nichtigkeit von Urtheilen zu heilen wäre, so müßte es sehr auffallen, daß in einer Reihe von Bestimmungen (§. 3. 6. 53. 80 88 Z. 1. 211. 212. 928 Pr.O.), gewisse prozessualische Vorgänge ausdrücklich für nichtig erklärt werden, ohne daß solche in dem §. 1128 (1175 der alten) Pr.O. ihre Stelle finden (so z. B. die Verfügungen oder Entscheidungen von Verwaltungsbehörden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten [§. 3], die durch Zwangs oder Machtgebote höherer Gewalt entstandenen richterlichen Verfügungen und Entscheidungen [§. 6] u. s. w.), während die hier vorhandenen Nichtigkeitsgründe doch gewiß belangreicher sind, als z. B. der Irrthum eines Richters in dem Zugestehen oder Abläugnen einer Partei, in dem Zuerkennen ultra petitum.

Ich beabsichtige hier nur zu zeigen, wie naturgemäß und einfach der oben mitgetheilte Rechtsfall zu einem befriedigenden Resultate geführt worden wäre, wenn der Gerichtshof ihn nach der Stabel'schen Auffassung der Lehre von den Nichtigkeiten entschieden hätte, und wie mißlich die Consequenzen der gegentheiligen Ansicht sind.

Referendäre haben nur dann richterliche Gewalt, wenn sie zu Amtsverwaltern bestellt sind. „Sonst bedürfen ihre Verfügungen vor der Ausfertigung, Verkündung oder sonstigen Vollziehung der Prüfung des Beamten, welcher sowohl den Entwurf, als die Ausfertigung zu unterzeichnen hat." §. 9 der Vollzugsverordnung vom 7. April 1854 zur höchstlandesherrlichen Verordnung vom 16. Dezember 1853. Referendär M. hatte daher keine richterliche Gewalt. Er war nicht Richter. Seine Verfügungen und Entscheidungen, welche der Prüfung und Genehmigung des Beamten entbehrten, sind denen gleich, welche von einem unfähigen Richter ausgeben. Sie sind nichtig. §. 1. 3. 53 Pr.O. Ohne alle Rechtswirkungen sind daher der bedingte Zahlungsbefehl; die Veröffentlichung desselben mit der Aufforderung einen Gewalthaber zu bestellen, widrigenfalls die weiteren Verfügungen an die Gerichtstafel angeschlagen würden; ferner die Ausfertigung des Liquiderkenntnisses, sowie deren Anschlag an die Gerichtstafel, und endlich die Ausfertigung des Pfändungsbefehls. Ist dieß richtig, so ergeben sich daraus die weiteren Folgerungen: das Liquiderkenntniß würde selbst dann als nicht verkündet gelten, wenn die an die Gerichtstafel angeschlagene Ausfertigung von dem Beamten unterzeichnet wäre: denn der Anschlag hat nur dann die Wirkung der Eröffnung oder Einhändigung, wenn in der öffentlichen Vorladung dem Beklagten aufgegeben war, einen Gewalthaber zu bestellen. §. 261 Pr.O. Die öffentliche Vorladung war aber nicht von einem Richter ausgegangen; sie existirt rechtlich *) für den Beklagten nicht.

men, daß es wohl keinem Zweifel unterliege, welche Absicht die Gesetzgebungscommission, deren Mitglied v. Weiler war, und welcher, wie er selbst in der Vorrede der Motive zur Pr.O. sagt: „vom ersten Beginn der Arbeit bis zu ihrem Schlusse an jeder Berathung Theil genommen" hat, bei dem Entwurfe der bürgerlichen Pr.O. geleitet hat. Hiernach erscheint der Ausspruch in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ganz gerechtfertigt.

D. E.

*) §. 6 dieses Aufsatzes S. 121 sagt Stabel: „Wo das Gesetz die Nichtigkeit wegen Mangels einer Voraussetzung des Verfahrens ausdrücklich angedroht hat, ist das an einem solchen Mangel leidende Product gerade so wie jedes andere Geschäft des Civilrechts zu betrachten, das durch ein ausdrückliches Gesetz der Nichtigkeit unterworfen worden ist. Es bedarf keines besonderen prozessualischen Rechtsmittels um ein neues Erkenntniß herbeizuführen, welches das vorhandene für ungültig erklärt. Man kann diesem Urtheile auf jedem Rechtswege, wo es begegnet, seinen Mangel entgegenhalten, um dessen Wirksamkeit zu verhindern, also auch im Wege der Klage, der Einrede und Replik."

*) Abgesehen davon, daß sie in der That und Wirklichkeit für ihn nicht existirte, da in der Frist von 8 Tagen es wohl unmöglich

Es würde daher auch eine Vollstreckung verfügt worden sein, ohne daß ein Urtheil ergangen wäre. §. 909. Allein auch diese Vollstreckungsverfügung ist nicht von dem Beamten verkündet. §. 913. Ehe der Vollstreckungsbeamte eine von dem Richter ausgegangene Pfändungsverfügung erhalten hat, besitzt er gar keinen richterlichen Auftrag zum Vollzuge. § 914 Pr.O. §. 36 der Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamten Seine Vollstreckung entbehrt des amtlichen Charakters. Wenn nun, wie selbst das großh. Amtsgericht annimmt, *) von dem Vollstreckungsbeamten dem Hummel das Geld a b g e n o m m e n wurde, so ist seine Zahlung an den Gläubiger keine f r e i w i l l i g e; sie ist vielmehr, worüber sich jedoch das großh Hofgericht nicht ausgesprochen hat eine in Folge eines nichtigen Vollstreckungsverfahrens geleistete, d. h. eine gezwungene Zahlung zur Ungebühr, eine solutio sine causa.

Das ganze Verfahren, insoweit es nicht blos in den Akten enthalten, sondern den Partien gegenüber in das Reich der Erscheinungen getreten ist, stellt sich daher als ein nichtiges dar. Es kann mit der Nichtigkeitsklage angefochten, die Rückforderung der Zahlung zur Ungebühr mit der condictio sine causa, welche ganz begründet erscheint, begehrt werden.

Der Umstand, daß in den Akten das Liquiderkenntniß und der Pfändungsbefehl mit dem Handzuge des Beamten unterzeichnet waren, ist ohne alles Gewicht, weil jeder Bescheid den Parteien gegenüber erst durch die Eröffnung Wirksamkeit erlangt, bis dahin jeder Abänderung durch den Richter unterworfen ist. §. 1121, Pr.O. (Er bleibt ein E n t w u r f, wie sich die oben erwähnte Verordnung ausdrückt)

Nicht verkündete Bescheide also — sagte ich oben* — existiren für die Parteien nicht. Gegen einen Bescheid, der rechtlich nicht existiert, kann man wohl auch kein Rechtsmittel ergreifen. Dieß folgt ganz konsequent aus der Natur der Sache. Es sagt dieß aber auch die Pr.O in §. 1121 a u s d r ü c k l i c h. Dieses Argument spricht wohl gewiß gegen die Annahme, daß man nur auf dem Wege der Appellation oder Restitution eine nichtige Verfügung angreifen könne.

Folgte man aber der amts- und hofgerichtlichen Ansicht, so wird — um den vorliegenden Fall zu erschöpfen — es dem Kläger, welcher schon zwei Wege vergeblich eingeschlagen hat, so leicht nicht werden, zu seinem Gelde zu gelangen. Von der Wiederherstellungsklage, mag man sie bauen, worauf man will, kann er keinen Gebrauch machen, denn das Liquiderkenntniß, auf dessen Rechtsbeständigkeit Alles beruht, ist ein Versäumungserkenntniß. §. 1224 Pr.O Hummel kann auch mit dem Rechtsmittel der Appellation nicht durchdringen, welche nach §. 1131 Pr.O. gegen Versäumungserkenntnisse ausnahmsweise nur zulässig ist, wenn der Grund der Beschwerde darin besteht, daß k e i n Versäumniß stattgefunden hat, denn der prozeßordnungsgemäße Weg der Hinwegräumung eines Liquiderkenntnisses ist die Wiederherstellung des §. 692. 612 und nicht die, erst nach Verwerfung der Wiederherstellungsbitte zulässige Appellation. §. 626 Pr O. Die Fristen des § 692. 612 Pr.O. sind aber seit dem Anschlage an die Gerichtstafel längst verstrichen. § 351.

Auch bei der Wiederherstellung auf den Grund des §. 615 Pr.O. tritt dem Kläger der Umstand entgegen, daß er durch die Pfändung und die darauf folgenden Verhandlungen Kenntniß von der Sachlage erhalten und in der Lage gewesen wäre, Wiederherstellung zu erbitten. Es bleibt daher dem Kläger nichts übrig, als die Rechtzeitigkeit seiner Wiederherstellungsbitte damit zu begründen, daß ihm das Liquiderkenntniß noch gar nicht verkündet, daher die Wiederherstellungsfrist noch gar nicht zu laufen begonnen habe, da nach den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen „die nicht gehörige Verkündung des Urtheils nur auf den Fristenlauf Einfluß hat.“ Wird nun die Wiederherstellung glücklich ertheilt, dann muß Kläger erst mit einer Klage versuchen, sein Geld zu erhalten Dieß wäre alsdann der einzige Weg, auf welchem er zu seinem Rechte, v o r a u s g e s e t z t, d a ß e r w i r k l i c h a u c h m a t e r i e l l i m R e c h t e i s t, gelangen könnte.

Mir scheint, daß gerade dieser Theil der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe zeigt, daß e i n s o l c h e s U r t h e i l g a r n i c h t e x i s t i r t. Denn darüber gibt uns wenigstens die Pr.O. in den Titeln von dem Urtheile und der Rechtskraft und von den Rechtsmitteln keine Andeutung, daß sie Urtheile habe zulassen wollen, welche

---

ist, für eine in Amerika wohnende Person die in Europa gegen sie erlassenen Dekrete zu erfahren, und dort einen Gewalthaber zu bestellen!

*) „Es fand sich, als der Gerichtsvollzieher zum Vollzuge der Pfändung schreiten wollte, baares Geld vor, welches dem Hummel a b g e n o m m e n und dem Gläubiger behändigt wurde,“ lautet die hieher bezügliche Stelle in den Entscheidungsgründen zum amtsgerichtlichen Urtheile.

nicht der Rechtskraft empfänglich sind. Sie schreibt vielmehr vor (§. 328), daß nach dem Schlusse des Verfahrens das Urtheil — nicht zu machen, sondern — zu verkündigen, sagt in §. 340 und ff. wie es zu verkündigen sei und stellt in §. 350. 351. 1121. 1134 den Anfang der Rechtskraft auf den Ablauf der Appellations anzeige, beziehungsweise Wiederherstellungsfrist. Die Verkündung des Bescheides ist es daher, welche die richterliche Entscheidung zu einem Urtheile stempelt.

Wenn diese wegen mangelhafter Vornahme aber nicht so viele rechtliche Wirksamkeit besitzt, daß sie den Lauf der Appellationsfrist zum Abschluß bringen, d. h. die Rechtskraft erzeugen kann, dann vermag sie auch die Frist zum Vollzuge durch die verurtheilte Partei nicht in Lauf zu bringen, und dann kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 909 keine Hilfsvollstreckung begehrt werden. Die Folge hievon ist aber, daß ein Urtheil, welches der Vollstreckung nicht empfänglich ist, nur der Ausspruch der Ansicht des Richters, nicht aber ein richterliches Urtheil ist, zu dessen Wesen gerade die Möglichkeit des zwangsweisen Vollzuges gehört.

Existirt aber ein Urtheil gar nicht, dann ist auch, wie oben bemerkt, eine Appellation, oder eine Wiederherstellungsklage dagegen unmöglich. Denn diese Rechtsmittel setzen immer einen Bescheid voraus, welcher dann, wenn gegen ihn ein Rechtsmittel nicht ergriffen wird, in Rechtskraft übergeht, und dann rechtliche Wirkungen äußert Dies könnte aber, wenn die Verkündung als nicht gehörig, d. h. als gar nicht geschehen, zu betrachten ist, nie der Fall sein. Es handelt sich daher in solchen Fällen nur darum factische Zustände hinwegzuräumen. Hiezu ist nur die Richtigkeitsklage geeignet.

Ottendorff.

II.

Ob Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit oder wirkliche Schenkung?

Möll gegen Fürstenberg.

In den Jahren 1823. 1829. 1831 und 1832 hat J. Möll zu Krumbach mehrere Gebäude auf eigene Kosten neu angelegt, wozu ihm die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg auf sein jeweiliges Ansuchen die erforderlichen Bauplätze unter den Bedingungen abtrat, daß er diese Plätze sammt den darauf zu errichtenden Gebäuden als ein herrschaftliches Schupflehen zu übernehmen und davon einen (festbestimmten) jährlichen Zins an das fürstliche Rentamt zu entrichten habe.

Nachdem Möll in Folge dieser Uebereinkunft bis zum Jahre 1841 einschließlich 185 fl. Zinsen an die fürstliche Standesherrschaft bezahlt hatte, kam zwischen beiden Theilen ein Vertrag zu Stande, wodurch Möll die fraglichen Gebäulichkeiten und die darauf gelegten Zinsen für die Summe von 660 fl. allodificirte und diese Summe sammt Zinsen zu 5 pCt. bis zum Jahre 1845 an die fürstliche Standesherrschaft bezahlte.

Diesen Allodificationspreis nebst den früher bezahlten Lehenzinsen, zusammen 952 fl. 55 kr. (nach Abzug des auf die Bauplätze fallenden Theils des ersteren) forderte Möll später von der Standesherrschaft zurück und zwar auf den Grund einer in Folge von Beschwerden und Reclamationen der Grundbesitzer und Lehenpflichtigen des Amtsbezirks Möskirch gefaßten Entschließung Sr. Durchlaucht des verewigten Fürsten Karl Egon vom 22. August 1848, wodurch angeordnet ward:

> daß, wenn noch neu aufgelegte jährliche Lehenzinsen von Häusern, die auf lehenbaren Grund erbaut worden, bezogen werden sollten, nicht nur von dem Bezuge der Lehenzinsen von solchen Häusern, wenn sie nicht an die Stelle schon zuvor bestandener Lehengebäude getreten sind, künftig Umgang genommen, sondern auch den Lehenleuten die Rückvergütung der bereits bezahlten oder abgelösten Zinsen dieser Art geleistet werden soll;
>
> ferner:
>
> daß bei künftigen Lehenallodificationen der Werth solcher Gebäude nicht, sondern nur der Werth des lehnbaren Grund und Bodens, auf dem sie stehen, in Berechnung genommen, und da, wo Ersteres bei bereits stattgefundenen Allodificationen geschehen ist, den Allodificanten der Rückersatz ihrer deßfallsigen Betreffnisse in Geld zu Theil werden soll.

Diese Zusage wurde aber von Beklagter Seite als eine Schenkung bezeichnet, welche wegen Mangels der gesetzlichen Form ungültig und für den Rechtsnachfolger des Gebers unverbindlich sei.

Der Unterrichter trat dieser Ansicht bei und wies unter Bezug auf die L.R.S. 890. 931 ff. die Klage ab, wogegen der Kläger appellirte und zwar mit dem Erfolge, daß ihm die eingeklagte Summe mit einigen Abzügen durch das hofgerichtliche Urtheil zuerkannt worden ist.

Zur Widerlegung der unterrichterlichen Ansicht sagen die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz:

„Indem die fürstliche Standesherrschaft in Folge der mit dem Kläger abgeschlossenen Verträge nicht nur den Werth der Bauplätze, sondern auch das Eigenthum der von dem Kläger darauf errichteten Gebäude erhielt, und solche ihm als Schupflehen gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses überließ, ist der Kläger offenbar in seinem Vermögen beschädigt worden, da er im Hinblick auf L.R.S. 555 durch diese Verträge in eine weit schlimmere Lage versetzt wurde, als wenn er ohne Bewilligung der fürstl. Standesherrschaft auf deren eigenthümlichen Grund und Boden gebaut hätte.

Ist aber dies der Fall, so kann nicht von einer Schenkung gesprochen werden, wenn der verstorbene Herr Fürst durch die angeführte Entschließung den Gefällpflichtigen, welche sich in der Lage des Klägers befinden, die Rückvergütung der Zinsen und Allodificationssummen, welche sie von den auf eigene Kosten auf lehenbaren Grund und Boden errichteten Gebäuden an die fürstl. Standesherrschaft bezahlt hatten, zugesichert hat. Denn obgleich die Zahlung von dem Kläger auf den Grund rechtsgültig abgeschlossener Verträge geleistet wurde, so geschah doch der Abschluß dieser Verträge im Widerspruche mit den Anforderungen der Billigkeit und es erscheint daher die Rückerstattung der in Folge dieser Verträge empfangenen Zahlungen wenigstens als natürliche Verbindlichkeit von Seiten der fürstl. Standesherrschaft, was auch der verstorbene Herr Fürst in der Originalresolution vom 22. August 1848 §. 79 urkundlich anerkannt hat. Wer aber eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt oder eine Zahlung, die er nur nach den Regeln der Billigkeit schuldig ist, leistet, schenkt dadurch nicht, obgleich er dem Gläubiger freiwillig dasjenige gibt, wozu er nicht durch Klage angehalten werden konnte. Denn es gehört nach L.R.S. 894 zum Wesen der Schenkung, daß der Beschenkte dadurch bereichert, d. i. das Vermögen desselben vermehrt werde, indem er die geschenkte Sache unentgeldlich annimmt, was aber bei demjenigen nicht der Fall ist welcher nur das empfängt, was ihm ein anderer nach den Forderungen der natürlichen Billigkeit schuldig ist. Der Empfänger hat in diesem Falle keinen wirklichen Gewinn bezogen, sondern nur dasjenige wieder zurückerhalten, was gegen die Billigkeit aus seinem Vermögen in ein anderes geflossen ist.

Ist nun die Zahlung einer natürlichen Schuld keine Schenkung, so versteht es sich von selbst, daß auch die in der fürstlichen Entschließung enthaltene Zusicherung der Zahlung, beziehungsweise Rückerstattung des Bezahlten kein Schenkungsversprechen und deßhalb auch nicht an die Formen der Schenkung gebunden ist. Sie ist vielmehr ein Versprechen, wodurch eine natürliche Verbindlichkeit der Beklagten in eine bürgerliche umgewandelt wurde, welche gerichtlich geltend gemacht werden kann.

Die auf Erfüllung dieses Versprechens gerichtete Klage erscheint hiernach im Allgemeinen als begründet ꝛc."

Auf die von der fürstl. Standesherrschaft hiergegen eingewandte Oberberufung wurde jedoch unterm 25. April l. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe.

Kläger fordert von der Beklagten auf Grund einer vom verstorbenen Herrn Fürsten von Fürstenberg ihm und andern Lehenleuten am 22. August 1848 ertheilten Zusicherung die Rückzahlung von Zinsen, welche er für die auf seinem früheren Schupflehen mit seinem Geld errichteten Gebäude an die Beklagte entrichtet hatte, sowie die Rückerstattung des für die Allodification der Lehengebäude gezahlten Preises.

Diese Klage erscheint unbegründet, weil die Zusicherung, auf welche sie gestützt wird, eine der Förmlichkeit des L.R.S. 931 entbehrende, daher ungültige Schenkung enthält.

Indem Kläger die Zinsen und das Ablösungskapital für die fraglichen Gebäude bezahlte, kam er nur einer in den Lehenverträgen und im Allodificationsvertrag vollkommen begründeten Verbindlichkeit nach. Würde er diese Zahlungen nach Inhalt der fürstlichen Entschließung

von der Beklagten ohne irgend eine Gegenleistung zurückempfangen, so würde er um deren Betrag reicher und die Beklagte um so viel ärmer.

Jene Bereicherung und dieser Verlust wären allerdings dann nicht vorhanden, wenn die Rückerstattung der Zahlungen, die in der fürstlichen Entschließung als eine der Billigkeit entsprechende anerkannt wurde, auf einer natürlichen Verbindlichkeit beruhte, wie von großh. Hofgericht angenommen wurde. Indessen bilden die Anforderungen der Billigkeit noch keine natürliche Verbindlichkeiten im Sinne der L.R.S 6g und 1235, und überdies werden solche Verbindlichkeiten nur dann zu bürgerlich gültigen, wenn sie freiwillig erfüllt wurden, während eine bloße Bestätigung derselben ohne Rechtswirkung bleibt. (Zachariä, fr. Civ.Recht §. 339.)

Im vorliegenden Falle hat aber die Beklagte die Rückzahlung nicht geleistet, nur zugesagt.

Dieser Zusage gebricht es auch nicht an dem weitern Erforderniß einer Schenkung, an dem, daß der Wille des Herrn Fürsten auf eine Bereicherung des Klägers und der übrigen mit ihm in gleichem Falle befindlichen Lehenleuten gerichtet war. Da der Herr Fürst nach Inhalt seiner Entschließung das Gesuch der Lehenleute nur für ein in der Billigkeit, nicht für ein im Rechte begründetes ansah und voraussetzen durfte, daß die Lehenleute selbst von der rechtlichen Unzulässigkeit ihres Begehrens überzeugt waren, so läßt sich in dessen Genehmigung nicht etwa die Absicht, bevorstehende Rechtsstreite abzuschneiden, vielmehr nur die, eine Liberalität zu üben, erblicken.

A. d. Gr. rc. D. R.

III.

Einrede der entschiedenen Sache.

Honegger gegen Herrmann.

Nachdem der Kläger auf die erste Klage, als dieselbe bereits verworfen war, verzichtet hatte, stellte er, wie vorbehalten, eine zweite an, welche aber, weil ihr die Einrede der entschiedenen Sache entgegenstand, in den vordern Instanzen abgewiesen worden ist.

Im dritten Rechtszuge hob der Kläger beschwerend hervor, daß die Einrede der entschiedenen Sache die Einheit des Klaggrundes voraussetze. Stabel, Vort. §. 18 Es lasse sich jedoch nicht nachweisen, daß beide Klagen auf demselben Grunde beruhen, weil die erste wegen Unklarheit und Unverständlichkeit verworfen worden, und die zweite auf einen Kauf und Lieferungsvertrag gegründet sei. Zudem fehle es an der weiteren Voraussetzung, daß der Kläger mit demselben Rechtsanspruch abgewiesen worden, während eine wegen Unverständlichkeit für unstatthaft erklärte Klage keine Abweisung des Rechtsanspruchs selbst begreife. Ueberdies beruhe die angebliche Rechtskraft auf einer Verzichterklärung, welche die Anstellung einer neuen verbesserten Klage vorbehalte und zur Bedingung mache.

Allein der oberste Gerichtshof huldigte einer andern Ansicht und bestätigte am 5. Mai l. J. die vorderinstanzlichen Urtheile.

Entscheidungsgründe.

In dem früheren Rechtsstreite hat der Oberappellant, nachdem seine Widerklage durch Urtheil verworfen und von ihm die Berufung dagegen ausgeführt worden war, die Erklärung abgegeben, daß er die Widerklage, unter dem Vorbehalt, eine besser geordnete Klage aufs Neue anzustellen, fallen lasse. Diese Erklärung war jedoch, auch abgesehen von dem Widerspruche des Gegentheils gegen einen bedingten Verzicht, insofern wirkungslos, als ein die Widerklage verwerfendes Urtheil in Mitte lag, welches nur durch das geordnete Rechtsmittel, nicht aber durch die gedachte Erklärung beseitigt werden konnte.

Zwar wurde die Widerklage wegen ihrer Mangelhaftigkeit, und nachdem der Widerkläger der Auflage zur Verbesserung derselben nicht nachgekommen war, auf Grund der §§. 281 und 283 der Pr.O. vom Richter der ersten Instanz verworfen. Die Wirkung dieses Erkenntnisses besteht jedoch gleichwohl darin, daß der Widerkläger seine Klage nicht mehr auf den früheren Klagegrund stützen darf. Würde ihm dies gestattet, so könnte er auf diesem Wege das frühere Versäumniß nachholen und diejenigen Erfolge erreichen, die nur durch die Beseitigung des ihm entgegenstehenden Urtheils zu erzielen waren.

Daß aber die neuerdings angestellte Klage mit der bereits verworfenen Widerklage identisch ist, steht außer Zweifel. Das Fundament beider Klagen bildet der von dem Kläger aufgestellte Contocurrent und das aus demselben abgeleitete Guthaben seit dem 27. August 1853 bis einschließlich 22. Mai 1854. Dieser Contocurrent ist dort wie hier derselbe und der Unterschied in dem Saldo rührt allein daher, daß die frühere Aufrechnung für Minderwerth zurückgesendeter Waaren jetzt außer Ansatz geblieben ist. Während die Widerklage sich darauf beschränkt hatte, hinsichtlich der Art und Weise, wie das Guthaben des Widerklägers entstanden ist, und wie sich die Forderungen desselben und die vom Widerbeklagten gemachten Zahlungen zu einander verhalten, auf den als Bestandtheil der Widerklage erklärten Contocurrent zu verweisen, unternimmt es die neuerliche Klage, über die verschiedenen Forderungsposten specielle thatsächliche Nachweisungen zu geben, also lediglich dasjenige beizubringen, was im früheren Prozesse versäumt worden ist, und die Abweisung der Widerklage zur Folge hatte.

Hiernach erscheint der Oberappellant durch das Urtheil des großh. Hofgerichts nicht beschwert rc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 18.

I.

Versprechen und Halten!

Abfindung für Schwängerung und Entbindung.

Vrgl. Annalen 1857 (XXIV.) Nr. 26 V. S. 207. 208.

Katharina Bangert von Limbach erhob unterm 24. Juli 1857 bei großh. Amtsgerichte Gerlachsheim folgende Klage gegen Hauptlehrer Wendelin G. in Grünsfeldhausen:

Der Beklagte, als natürlicher Vater eines von der Klägerin geborenen natürlichen Kindes, habe derselben zur Abfindung in einer Urkunde vom 27. März 1856 den Betrag von 150 fl. zugesichert, der nach Jahresfrist an sie zu entrichten sei; sie bitte den Beklagten unter Verfällung in die Kosten, zur Zahlung dieses Betrags zu verurtheilen.

Da der Bekagte sämmtliche in der Klage angeführte Thatsachen widersprach, so wurde der Klägerin der Beweis darüber auferlegt, daß Beklagter am 27. März 1856 sich verbindlich gemacht habe, ihr als Abfindung wegen ihrer Schwängerung und Entbindung nach Verlauf eines Jahres 150 fl. zu geben.

Die Klägerin legte nun folgende Urkunde vor:

„Der Katharina Bangert von hier vermache ich andurch die Summe von einhundert fünfzig Gulden, welche derselben nach Verlauf eines Jahres von mir oder meinen Erben ausbezahlt werden sollen.

Limbach, den 27. März 1856.

G......"

Text und Unterschrift dieser Urkunde rührte von derselben Hand her. Die Klägerin erbot sich, zu beschwören, daß diese Urkunde von dem Beklagten in Beziehung auf ihre Schwangerschaft ausgestellt worden sei, schob aber auch für den Fall, daß die Urkunde nicht ausreiche, dem Beklagten über das Beweisthema einen Eid zu.

Der Beklagte anerkannte die Aechtheit der vorgelegten Urkunde, legte aber dagegen eine von der Klägerin ausgestellte Urkunde vor und führte aus, daß hiernach der ihm zugeschobene Eid, den er übrigens annehme, unzulässig sei.

Die Urkunde lautet:

„Die Unterzeichnete beurkundet hierdurch, daß Lehrer G....... dahier in geschlechtlicher Beziehung noch nie einen Umgang mit mir gepflogen habe, weßhalb ich denselben von jedem Verdachte meiner Schwangerschaft andurch freispreche und nie einen Anspruch hierwegen an ihn machen werde.

Limbach, den 26. März 1856.

Katharina Bangert."

Der Text dieser Urkunde war von derselben Hand geschrieben, wie die ersterwähnte Urkunde, die Unterschrift aber rührte von einer andern Hand her. An der Stelle der Ziffer 6 im Datum schien die Zahl 7 gestanden und in 6 umgewandelt worden zu sein.

Die Klägerin anerkannte diese Urkunde als von ihr unterschrieben, behauptete aber, dieselbe sei am nämlichen Tage, wie die von ihr vorgelegte Urkunde, nämlich am 27. März ausgestellt worden.

Hierauf erklärte der Beklagte: Wenn man annehme, daß die von ihm vorgelegte Urkunde auch am 27. März ausgestellt sei, so trete die Unbegründetheit des Anspruchs der Klägerin nur um so klarer hervor.

Der Unterrichter nahm an, daß die von der Klägerin vorgelegte Urkunde, weil sie keinen Verpflichtungsgrund enthalte, keinen vollen Beweis liefere; daß der von der Klägerin behauptete Verpflichtungsgrund durch den Inhalt der vom Beklagten angerufenen Urkunde sich als unwahr

darstelle und die Eideszuschiebung unstatthaft sei, weil der Eid mit der letzten Urkunde im Widerspruch stände. Aus diesen Gründen wurde die Klägerin durch Urtheil vom 29. August 1857 unter Verfällung in die Kosten mit der erhobenen Klage abgewiesen. Die Klägerin führte dagegen die Appellation aus, wobei sie vortrug, sie habe sich am 27. März 1856 verpflichtet, wegen ihrer Schwängerung und Niederkunft keine weiteren Ansprüche an den Beklagten zu machen, wogegen er ihr die Summe von 150 fl. zugesichert habe. Durch diesen Vergleich sei die ursprüngliche natürliche Verbindlichkeit des Beklagten zu einer klagbaren erhoben worden. Das Datum der von dem Beklagten vorgelegten Urkunde sei, wie sich aus dem Augenschein ergebe, verfälscht: beide Urkunden seien am 27. März 1856 ausgestellt worden. Halte man beide Urkunden zusammen, so sei durch deren Inhalt Zusage und Gegenzusage des Uebereinkommens vom 27. März 1856 vollständig erwiesen.

Wollte man aber auch das Datum der vom Beklagten vorgelegten Urkunde als ächt annehmen, so ändere dies an der Sache nichts, da die Klägerin den Beklagten recht wohl am 26. März von jeder Verbindlichkeit habe freisprechen können, während er ihr Tags darauf im Vergleichswege 150 fl. zugesagt habe.

Jedenfalls werde durch die Urkunden so viel Beweis erbracht sein, daß Klägerin zum Erfüllungseide zugelassen werden könne.

Schlimmstenfalls müsse der dem Beklagten zugeschobene Eid entscheiden.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 19. Januar 1858 wurde das amtsgerichtliche dahin abgeändert:

„Die Klägerin hat folgenden Erfüllungseid zu leisten:

„Es ist wahr, daß der Beklagte die mir am 27. März 1856 versprochene Zahlung von 150 fl. für den Verzicht auf meine Ansprüche aus Schwangerschaft und Entbindung zugesagt hat."

Schwört sie diesen Eid, so soll der Beklagte unter Verfällung in sämmtliche Kosten beider Rechtszüge schuldig sein, binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden 150 fl. an die Klägerin zu zahlen; verweigert sie aber diesen Eid, so soll die Klägerin mit ihrer Forderung von 150 fl. unter Verfällung in sämmtliche Kosten beider Rechtszüge abgewiesen werden.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin hat den Beklagten als ihren Schwängerer auf Zahlung von 150 fl. belangt, die er ihr für den Verzicht auf ihre aus der Schwängerung und Entbindung erwachsenen Ansprüche am 27. März 1856 zugesagt habe. Da nun der Schwängerer wenigstens moralisch verpflichtet ist, die Geschwängerte für die aus der Schwängerung entstehenden Nachtheile zu entschädigen und da überdies der §. 4 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 der Mutter des unehelichen Kindes die Befugniß gibt, dem gegen den natürlichen Vater erhobenen Alimentationsprozesse beizutreten, so erscheint der Verzicht der Klägerin auf diese Ansprüche gegen die hiefür gemachte Zahlungszusage des Beklagten als ein giltiger Vergleich und ist daher die auf denselben gestützte Klage in Rechten gegründet.

Die Klägerin berief sich zum Beweis ihrer Klagbehauptungen auf die vom Beklagten ausgestellte Urkunde vom 27 März 1856, worin zwar das Zahlungsversprechen desselben, nicht aber auch die Ursache dieses Versprechens enthalten ist, und der Beklagte legte zum Gegenbeweise eine von der Klägerin angeblich am 26. März 1856 unterzeichnete Urkunde vor, worin sie ihn von jedem Verdacht ihrer Schwängerung freispricht und keine deßfallsigen Ansprüche an ihn zu machen erklärt.

Allein gerade der Umstand, daß der Beklagte sich eine derartige Urkunde von der Klägerin ausstellen ließ, spricht dafür, daß er mit derselben unerlaubten Geschlechtsumgang gepflogen habe, und daß die urkundliche Erklärung der Klägerin den Verzicht enthalte, für welchen der Beklagte der Klägerin in der Urkunde vom 27. März 150 fl. zugesagt hat, daß somit beide Urkunden, welche von den Parteien als ächt anerkannt sind, zusammengehören und die gegenseitigen Vergleichszusagen enthalten. Da jedoch der Zusammenhang dieser Urkunden bestritten, so ist durch dieselbe zwar kein vollständiger Beweis der Klagbehauptungen erbracht, wohl aber wird durch den Inhalt beider Urkunden, sowie durch die Thatsachen, daß der Beklagte in der Urkunde vom 27. März nicht nur die Vertragsursache wegließ, sondern auch sein Zahlungsversprechen — wie insbesondere aus den Worten: „ich vermache 150 fl." ersichtlich ist — möglichst zweideutig auszudrücken bemüht war, daß er ferner die 150 fl. erst nach Ablauf eines Jahres — also nach Ablauf der Zeit zur Erhebung der Alimentationsklagen — zu zahlen versprach, daß endlich in dem Datum der von der Klägerin unterschriebenen Urkunde, welches von der Hand des Beklagten herrührt,

eine Correctur sich vorfindet, die auf eine nachträgliche Vordatirung schließen läßt — die von dem Kläger behauptete Vertragsursache bei dem von dem Beklagten zugestandenen, beziehungsweise durch die anerkannte Urkunde vom 27. März erwiesenen Zahlungsversprechen in solchem Grade wahrscheinlich gemacht, daß die Klägerin, von welcher überdieß die Angabe der Wahrheit eher als vom Beklagten zu erwarten ist, zum Erfüllungseide zugelassen werden muß. §. 588 Pr.O.

Stf.

II.

Zur Auslegung des L.R.S. 1174.

Fiscus gegen Graß.

Das Thatsächliche des Rechtsstreits ergibt sich zur Genüge aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen, welchen nur beizufügen ist, daß in erster Instanz nach dem Klagantrag erkannt, in zweiter dagegen die Klage abgewiesen, in dritter endlich das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt wurde.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 27. April 1858.

Der großh. Fiscus klagte die verfallene Hälfte des Steigerungspreises eines Geländes (Kiesgrube) ein, welches der Beklagte am 23. Februar 1857 von der großh. Eisenbahnbauverwaltung zu Säckingen um 1150 fl. ersteigert, nebst Zinsen, vom Tage der Genehmigung der großh. Oberdirection des Wasser- und Straßenbaues, dem 21. März 1857.

Der Beklagte wendete gegen die Klage ein:

1. die klagende Baukasse habe zwar in Gemäßheit Oberdirectionserlasses vom 26. Januar 1857 die ärarische Kiesgrube am 23. Februar 1857 öffentlich versteigert, und er das angegebene Gebot gethan. Allein der § 8 der Steigerungsbedingungen besage:

„Die Steigerer bleiben an den Zuschlag und ihr Wort auch dann gebunden, wenn entweder ein anderer Verkauf oder ein Pachtversuch gemacht werden sollte

Genehmigung großh. Oberdirection des Wasser- und Straßenbaues wird vorbehalten."

Diese Bedingung habe die ganze Verkaufsunterhandlung nichtig gemacht, weil es darnach rein von der Willkür des Verkäufers abgehangen habe, die verkaufte Sache auf unbestimmte Zeit dem Käufer vorzuenthalten, an eine andere Person nach Belieben zu verkaufen, und, sofern dieser Versuch mißlänge, nach Jahr und Tag wieder auf den ersten Käufer zurückzugreifen. L.R.S. 1174. Wenn auch allerdings die Genehmigung der Oberbehörde vorbehalten werden konnte, und der Bieter bis zum Eintreffen einer Entschließung an sein Wort gebunden blieb, so habe doch der Käufer auch das Recht gehabt, wenn ihm jene Entschließung nicht alsbald insinuirt werde, darauf zu klagen. Der §. 8 der Bedingungen sei jedoch zwischen das Angebot und die vorbehaltene Genehmigung mit einer solchen Unbestimmtheit getreten, daß es ganz in die Willkür des großh. Fiscus gelegt war, wann und wie er einen weitern Verkauf versuchen, und folglich ob und wann er die Genehmigung zu dem ersten Kauf ertheilen wolle. Dadurch sei die von dem Verkäufer übernommene Verbindlichkeit, den verkauften Gegenstand dem Käufer zu übergeben, ganz in das Belieben des Verkäufers gestellt, und dieser willkürlichen Bedingung nicht einmal durch ein, im Vertrag bestimmtes Endziel eine feste Grenze gezogen worden.

Allein die Bestimmung des L.R.S. 1174:

„jede Verbindlichkeit ist nichtig, welche unter einer Bedingung übernommen wird, die allein von der Willkür des Uebernehmenden (de celui qui s'oblige) abhängt,"

findet hier überall keine Anwendung.

Aus Auftrag der Oberdirection, der Vertreterin des Eigenthümers, schrieb die Bauverwaltung Säckingen die Versteigerung aus und nahm das Angebot des Beklagten bei dem Akt vom 23. Februar an, wonach dieser sich verbindlich machte, 1150 fl. nebst Zinsen für die Kiesgrube zu zahlen, wenn die Oberdirection den Akt genehmige, d. h. in den Verkauf einwillige, und wonach er weiter zustimmte, an sein Wort gebunden zu bleiben, selbst wenn ein anderer Verkauf versucht werden sollte. Der Beklagte allein übernahm eine Verbindlichkeit durch den Akt vom 23. Februar, der großh. Fiscus hat damals seine Einwilligung zu dem Verkauf noch nicht gegeben, sich zur Erfüllung irgend einer Verbindlichkeit des Verkäufers überall nicht verpflichtet. In dem Akt vom 23. Februar liegt kein vollendeter Kaufvertrag, keine doppelseitige Verkaufszusage im Sinne des L.R.S.

1589, sondern nur eine einseitige Zusage des Käufers — promesse d'achat unilatérale, — welche sich die Gegenpartei angeeignet hat, und die für den Käufer verpflichtend ist, ohne daß die andere Partei schon die Pflichten des Verkäufers übernommen hätte. L.R.S. 1108.

Duranton, droit civil franc. Bruxelles 1841. t. IX. p. 22. No. 48 ff.
Troplong, de la vente. Brux. 1841 ad art. 1589. No. 114 ff.
Zachariä, franz. Civ.Recht II. §. 349. Note 6.
Marcadé, explic. du C. N. Paris 1852. t. 10. pag. 155 ff. ad art. 1589.

Wenn also auch der §. 8 des Steigerungsprotokolls es ganz in das Belieben des großh. Fiscus stellen würde, in unbestimmter und unbestimmbarer Zeit einen andern Verkauf zu versuchen, und dann erst über die Genehmigung des Actes vom 23. Februar sich auszusprechen: so hinge doch immer die Verbindlichkeit nicht von der Willkür des Uebernehmenden (des beklagten Käufers), sondern von dem Willen seines Gegners ab, der noch keine Verbindlichkeit übernahm; die im L.R.S. 1174 gedrohte Richtigkeit trifft mithin den Act vom 23. Februar in keiner Weise.

Uebrigens ist es unrichtig, daß der Beklagte, beim Ausbleiben einer Entschließung der Oberdirection, Jahr und Tag (etwa die ganze Verjährungszeit hindurch) an sein Wort gebunden geblieben wäre, ohne den klagenden Fiscus durch irgend ein gesetzliches Mittel anhalten zu können, sich auszusprechen.

Verträge sind nach Billigkeit und nach der Absicht der Parteien auszulegen, es müssen die üblichen Vorsichtsgedinge hinzugedacht werden. Hiernach ist anzunehmen, daß der Beklagte nur so lange Zeit, als dem großh. Fiscus zu einem weitern Verkaufsversuch und zur Genehmigung nöthig war, gebunden sein sollte. In der That ließ auch der großh. Fiscus schon am 16. März die zweite Versteigerung versuchen und genehmigte am 21. desselben Monats die erste vom 23. Februar. Hätte er jedoch gezögert, so konnte der Beklagte, wie er selbst in der Vernehmlassung ausführt, klagen. Nur müßte er, da er sich der Bedingung unterwarf, an sein Wort gebunden zu bleiben, auch wenn ein anderer Verkauf versucht werden sollte, seine Klage darauf beschränken, daß der Richter dem großh. Fiscus eine Frist setze, genügend, um einen solchen Verkauf zu versuchen, und sodann über den ersten Act sich auszusprechen, widrigenfalls der Beklagte seiner Zusage entbunden sein solle. Der Beklagte konnte sogar ohne vorherige Klage jene Frist selbst bestimmen und den großh. Fiscus in der Form des L.R.S. 1139 auffordern, sich innerhalb derselben zu erklären; nur blieb dann die Entscheidung, ob diese Frist hinreichend war, falls darüber Streit entstand, dem Richter anheimgestellt. Vergl. L.R.S. 1587b. 1900.

Pothier, de la vente, No. 481.
Duranton, l. c. pag. 30 No. 58.
Troplong, l. c. pag. 73 No. 117.
Duvergier, tom. 1 No. 127.
Marcadé, l. c. ad art. 1589 pag. 168 No. VI.

Die Frist wäre nicht schwer zu bestimmen gewesen, da nach Directionserlaß vom 26. Januar die erste Steigerung am 23. Februar vorgenommen und auf Directionserlaß vom 7. März schon am 16. desselben Monats der zweite Versuch gemacht wurde, hieraus also leicht ermessen werden konnte, in wie kurzer Zeit die Fiscalbehörde solche Geschäfte zu erledigen vermochte. In der That hat sich auch der Beklagte nicht über irgend eine Verzögerung in dieser Hinsicht beschwert, sondern nur die — nach Obigem irrige — Behauptung aufgestellt, daß, weil ihm am 9. März die fiskalische Zuschrift zukam, wonach auf das Nachgebot eines Dritten eine zweite Versteigerung am 16. März vorgenommen werde, hiermit die vorbehaltene Genehmigung der ersten versagt worden sei, und sein Anerbieten verbindlich zu sein aufgehört habe 2c.

D. R.

III.

Theilungssache.

1) Ein Abwesender, dessen Aufenthaltsort bekannt ist, gilt nicht als vermißt.
2) Eine formgerechte oder doch nicht wegen formeller Gebrechen angegriffene Theilung kann nur aus einem der in L.R.S. 887 angeführten Gründe umgestoßen werden.
3) Ein Minderjähriger wird nicht dadurch verkürzt, daß dessen Pfleger den von einem abwesenden

Miterben mit Recht geforderten Pflichtheil anerkennt.

Tiefenbacher gegen Märker.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 2. März 1858.

Die Oberappellationsbeschwerde der Beklagten gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 17. März 1857, womit die Christoph Fr. Zachmännische Theilung vom Jahre 1837 aufgehoben wurde, ist gegründet. Die Klage auf Umstoßung ist nicht etwa auf die Verletzung einer im Interesse der betheiligten Minderjährigen vorgeschriebenen Form gebaut.

Jene Theilung hat daher dieselbe Gültigkeit, wie wenn sie von der minderjährigen Christophine Zachmann nach erlangter Volljährigkeit eingegangen worden wäre (L.R.S 840 und 1314), und kann nur aus einem im L.R.S 887 erwähnten Grunde umgestoßen werden

Auf einen solchen Grund ist aber die Klage nicht gestützt und daher schon deßhalb hinfällig.

Unterstellt man aber auch, daß sie auf die im L.R.S. 887 erwähnte Verkürzung über ¼ gegründet werden wollte, so ist sie dennoch verwerflich, weil irgend eine Verkürzung nicht nachgewiesen ist.

Die Kläger wollen eine Verkürzung von 1257 fl. 14 kr. darin finden, daß dem Christian Fr. Zachmann — dem Sohne des Erblassers — bei der Theilung jener Betrag als Pflichtheil zugeschieden wurde, während er doch wegen seiner Landesflüchtigkeit des Erbrechts kraft Gesetzes als verlustig und jedenfalls als ein Vermißter zu betrachten, ihm daher ein Erbtheil nicht zuzuscheiden gewesen sei, so daß dieser Erbtheil seiner Tochter Christophine — der Erblasserin der Kläger — kraft des Testaments des Christoph Fr. Zachmann zugefallen wäre.

Der erste — aus der Landesflüchtigkeit entnommene Grund ist in den Motiven zum hofgerichtlichen Urtheile bereits genügend widerlegt.

Aber auch der zweite Klaggrund ist unrichtig, denn Christian Fr. Zachmann war zur Zeit der Theilung von 1837 keineswegs vermißt, sondern sein Dasein — ja sogar sein Aufenthaltsort — von sämmtlichen Erbbetheiligten anerkannt (L.R.S. 112. 135 und 136), wie aus den von den Klägern angerufenen Theilungsacten selbst hervorgeht. Es wird darin ausdrücklich angeführt: Christian Friedrich Zachmann sei seit April 1835 abwesend und halte sich nunmehr zu Little-York in den Nordamerikanischen Freistaaten, bei Eisenschmelz-Inhaber Israel Gartner auf. Es wurde ihm ein Abwesenheitspfleger bestellt, auf dessen Antrag ihm ein Pflichttheil berechnet und zugewiesen und das ganze Geschäft von allen Betheiligten — insbesondere auch von dem Pfleger der Christophine Zachmann genehmigt und beurkundet. Den Klägern ist es aber nicht gelungen, den Beweis zu führen, daß jene Thatsachen unwahr seien, daß Christian Fr. Zachmann damals sich nicht an dem bezeichneten Orte aufgehalten habe, überhaupt sein Aufenthaltsort unbekannt gewesen sei, und man nicht gewußt habe, wohin er gekommen sei.

Ein solcher Beweis liegt nicht schon darin, daß keine obrigkeitliche Bescheinigung über die Zustellung des Amtsrevisoratsdecrets vom 27. Dezember 1837 durch den großh. Consul in New-York eingesendet wurde; denn dies läßt sich aus anderen Ursachen erklären, zumal aus den Theilungsakten von 1840 zu entnehmen ist, daß derartige Zustellungen nicht von dem Consul durch die betreffende Ortsobrigkeit, sondern lediglich dadurch besorgt werden wollten, daß er dem Adressaten das Schreiben zusendete, mithin auch die Empfangsbescheinigung nicht durch die Vermittlung einer Behörde, sondern nur durch unmittelbare Zusendung des Privaten erhalten konnte, wobei ein Irrthum, ein Versehen um so leichter möglich war.

Conf. Justizministerialerlaß vom 5. Januar 1838 No: 10 (4) der Beilagen zu Theilung de 1840 über den Nachlaß der Elisabetha Zachmann. Fasc. IV.

Dazu kommt noch das eidliche Zeugniß des Dekan's Sachs von Eppingen, der den Christian Fr. Zachmann seit dessen frühester Jugend kannte, seit seiner Abreise im Jahr 1835 von Zeit zu Zeit einen Briefwechsel mit ihm unterhielt, auf Ersuchen seiner Mutter Briefe für diese an jenen schrieb und von ihm solche an seine Mutter erhielt — namentlich auch noch im Juli 1840. — Zeuge versichert es sei ihm bekannt, daß Zachmann sich im Jahre 1837 und 1840 in Little-York aufhielt.

Damit stimmen die Briefe ganz überein, welche die Beklagte zu den Akten übergab — d. d. Little-York den 24. Dezember 1840 und 5. März 1841 — an die Mutter und Tochter des Christian Fr. Zachmann, deren Unterschriften der Zeuge Sachs als ächt erkannte, sowie das Gutachten der Schreibverständigen auf die vorgenommene Schriftvergleichung hin. War hiernach Christian Fr. Zachmann nicht als ein Vermißter zu behandeln, sondern

zur Wahrung seines Erbrechts ein Abwesenheitspfleger für ihn zu bestellen und wahrte dieser wirklich jenes Erbrecht in der Weise, daß er das väterliche — eine Enterbung aussprechende — Testament nur mit der Beschränkung zum Vollzuge anerkannte, daß dem Enterbten der ihm gesetzlich gebührende Pflichttheil zugewiesen werde: so hat der Pfleger der minderjährigen Erbnehmerin Christophine Zachmann dadurch, daß er diesem vollberechtigten Anspruche keinen Widerstand entgegensetzte, sondern die Theilung hiernach bewilligte, ohne eine — offenbar verwerfliche — Klage auf Vollzug des den Pflichttheil verletzenden Testaments des Christoph Zachmann gegen den kraft Gesetzes (L.R.S. 1004) in Besitz und Gewähr des Nachlasses eintretenden Sohn zu erheben, weder einen **Vergleich** eingegangen, welcher wegen mangelnder obervormundschaftlicher Genehmigung nach L.R.S. 467 angefochten werden könnte, noch seinen Pflegling irgendwie verkürzt.

Die Klage auf Umstoßung der Theilung mußte mithin abgewiesen werden. D. R.

IV.

Rechtsfall.

1) Verträge fordern redlichen Vollzug. (L.R.S. 1134.)

2) Verhältniß der Miterben unter einander bezüglich der zum Nachlaß gehörigen Forderungen. (L.R.S. 724. 745. 1220. 883.)

3) Unrechte That. (L.R.S. 1382 a.)

Am 13. Juni 1855 starb die M. Sch. Wittwe mit Hinterlassung dreier Kinder (der Partheien und einer weiteren Schwester); zu der Theilungsmasse gehörte eine Darlehensforderung im Betrage von 300 fl. nebst 5 pCt. Zinsen vom 1. August 1850 an J. H. (den Ehemann der Klägerin). Dieser Ausstand wurde in dem Theilungsvertrage vom 22. November 1855, in welchem der **ganze** Nachlaß unter **allen** Erben getheilt wurde, der Klägerin überlassen; gleichwohl erhob der Beklagte später Klage gegen J. H. auf Bezahlung des dritten Theiles des Darlehens (100 fl. nebst Zinsen vom 1. August 1850); es erging ein Urtheil, welches dem Begehren des Beklagten entsprach und J. H. leistete dann auch Bezahlung an diesen. Nunmehr verlangt die Klägerin, daß der Beklagte schuldig erklärt werde „**die bei J. H. bezogenen 100 fl.** nebst 5 pCt. Zinsen vom 1. August 1850 an sie zu bezahlen."

Diesem Begehren wurde, nachdem die Sache durch Berufung der vom Unterrichter abgewiesenen Klägerin in die zweite Instanz gekommen war, von dem dritten Civil-Senat des Hofgerichts des Unterrheinkreises einstimmig dahin entsprochen, daß der Beklagte zur Bezahlung der fraglichen Summe (ohne den Beisatz: „der von J. H. Bezogenen &c.") verurtheilt wurde.

Bei der Berathung haben sich sehr verschiedene Ansichten über die rechtliche Natur des vorliegenden Verhältnisses geltend gemacht, welche nur darin übereinstimmten, daß sie zur Verurtheilung führten. *)

Die Majorität vereinigte sich zu folgenden

Entscheidungsgründen.

(Nach kurzer Darstellung des Thatsächlichen). Durch den Theilungsvertrag war der Anspruch des Beklagten auf den 3. Theil der fraglichen Forderung, welcher ihm nach dem Tode der Mutter der gesetzlichen Erbordnung gemäß zukam (L.R.S. 745. 1220), aufgehoben und von der Klägerin erworben worden; dies begründete für den Beklagten der Klägerin gegenüber die Verbindlichkeit, dieser nunmehr den Bezug der Forderung ausschließlich zu überlassen; wenn nun aber der Beklagte gleichwohl die Forderung eingeklagt und eingezogen hat, so hat er damit vertragswidrig gehandelt, und er muß deßhalb, da Verträge redlichen Vollzug erfordern (L.R.S. 1134), zu jeder Leistung angehalten werden können, welche geeignet ist, den der Klägerin durch seine Gefährde zugegangenen Nachtheil zu beseitigen (vergl. auch Brauer, Erl. III. Bemerk. 48. S. 58, L.R.S. 4a. 6a. L.R.S. 1382a ff.). In dem vorliegenden Falle kann dies aber nur dadurch bewirkt werden, daß der Beklagte angehalten wird, der Klägerin eben jenen Betrag zu bezahlen, welchen diese von dem Schuldner zu beziehen durch den Theilungsvertrag für berechtigt erklärt worden war, denn an den Schuldner selbst kann sie diesen Betrag deßhalb nicht mehr fordern, weil derselbe zu Folge eines rechts-

*) Der Anwalt des Klägers suchte dem Anspruch als einer Reclamation des der Klägerin widerrechtlich entzogenen Eigenthums (L.R.S. 2279) rechtlichen Boden zu verschaffen; der Anwalt des Beklagten faßte dagegen die Klage als eine condictio indebiti auf und suchte aus den rechtlichen Grundsätzen hierüber seinen Antrag auf Abweisung zu begründen.

kräftigen Urtheils, welches ihm den Beklagten als seinen Gläubiger bezeichnete, bezahlt hat, und dadurch von seiner Schuld befreit wurde. (L.R.S. 1234. 1239.) *)

Aus diesen Gründen ꝛc.

Eine zweite Ansicht wurde dahin begründet:

Die Darlehensforderung der Erblasserin sei bei deren Ableben kraft Gesetzes jedem der drei Kinder zu einem Drittheil zugefallen (L.R.S. 724. 745. 1220); durch die mehrerwähnte Bestimmung des Theilungsvertrags habe der Beklagte seinen Antheil (gegen Bezug des Werths in anderen zum Nachlaß gehörigen Vermögensstücken) an die Klägerin übertragen, als Cedent hafte er aber dem Cessionar jedenfalls für die von ihm (den Cedenten) selbst herbeigeführte Liberirung des Schuldners. (L.R.S. 1690 ff.)

Dieser Argumentation wurde jedoch, und wie mir scheint mit Recht, entgegengehalten, daß nach L.R.S. 883 jeder abgetheilte Miterbe so angesehen werde, als habe er alles, was er in sein Loos (sei es durch Verloosung, Versteigerung oder einen sonstigen Akt) erhalten, unmittelbar von dem Erblasser und allein geerbt, nicht aber von seinem Miterben erworben habe, daß mithin von einer Cession des Beklagten an die Klägerin keine Rede sein könne. **)

Die dritte Ansicht endlich erklärte die Handlungsweise des Beklagten geradezu für eine unrechte That im Sinne des L.R.S. 1382a und zwar für „eine in sich erlaubte Unternehmung, welche von der unberechtigten Person wissentlich verrichtet worden sei" —; dieser Anschauung lag der Gedanke zu Grund, daß der Beklagte durch den Tod der Mutter gesetzlicher Erbordnung gemäß allerdings 1/3 fraglicher Forderung erworben habe (L.R.S. 724 745. 1220), daß durch den Theilungsvertrag, so lange eine Bekanntmachung der hier fraglichen Bestimmung an den Schuldner nicht erfolgt, diese daher für letzteren noch gar nicht zur Thatsache geworden war, *) sein Verhältniß zum Schuldner keine Aenderung erlitten habe, die Klagerhebung daher immer noch eine „an sich erlaubte Unternehmung" gewesen, der Beklagte indessen zu Gunsten der Klägerin seinen Antheil an der fraglichen Forderung durch den Theilungsvertrag verloren gehabt habe, daß er mithin nach dem Eintritt der Klägerin in das ganze Forderungsrecht nicht mehr die zur Klagerhebung berechtigte Person gewesen sei, sonach durch Usurpirung eines nunmehr fremden Rechts eine unrechte That verübt habe. Aus dieser unrechten That wurde dann die Verbindlichkeit des Beklagten zum Ersatz des der Klägerin unmöglich gemachten Bezugs des fraglichen Forderungsantheils abgeleitet. **)

Beh.

V.

Körperverletzung im Affect. (§. 232 St.G.B.)

Als solche ist nicht nur diejenige Körperverletzung zu bestrafen, welche aus einem eigentlichen Affect, einer leidenschaftlichen Aufregung (impetus), hervorgegangen ist, sondern auch jene That, welche ohne einen solchen, jedoch in Folge eines übereilten Entschlusses verübt wurde.

So entschied das Hofgericht des Unterrheinkreises J. U.S. gegen J. B. von E. unterm 13. April d. J., aus folgenden

Gründen,

welche zugleich das thatsächliche des Falles darstellen.

„Nach dem Ergebnisse der Untersuchung war der Angeschuldigte am Abend des 22. November v. J. mit F. Sch. von E. auf dem Leiterwagen dieses nach H. gekommen, hatte sich mit Sch. in die Stulz'sche Bierwirthschaft begeben, während der Wagen auf der Straße stehen blieb, war nach kurzer Zeit wieder auf die Straße getreten, hatte dabei die Wahrnehmung gemacht, daß ein auf dem

---

*) Die Frage, ob der Schuldner J. H. sich bei dem Rechtsstreit des Beklagten gegen ihn in der Lage befand, demselben auf Grund des Erbvergleichs die Sachlegitimation zu bestreiten, und welchen Einfluß dieß auf den Fortbestand seiner Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin gehabt haben würde, konnte nicht zur Erörterung gebracht werden, weil die Thatsache, daß J. H. von der fraglichen Bestimmung des Theilungsvertrags in Kenntniß gesetzt worden sei, nicht behauptet wurde, obwohl anzunehmen ist, daß er als Ehemann der Klägerin bei der Theilung sogar mitgewirkt hat.

**) Vergl. Zachariä §. 625. Boileux III. S. 391 ff. ad Art. 883. Chabot II. S. 577 (zu Art. 883). Marcadé III. S. 300 ff. insbesondere S. 303 V. ff, wo die abweichende Ansicht von Duranton (VII. 163 et 519) critisirt wird.

*) Vergl. die Anm. 2 und Zachariä §. 620 vor Note 2, und Note 2.

**) Vergl. Zachariä §. 443 und Trefurt, System ꝛc. S. 323 §. 379. (Der letztere faßt den Begriff der unrechten That wohl zu eng, wenn er ihn auf das gesetzlich Verbotene beschränkt, indem die Definition des L.R.S. 1382a ebensowohl auf die durch Gesetz, als auch auf die durch Vertrag untersagte Handlungen paßt, zumal da Verträge in ihrer Wirksamkeit unter den Contrahenten Gesetzen gleichstehen. L.R.S. 1134.)

Wagen befindlicher Pfülben weggekommen war und dieß in der Wirthschaft dem Sch. in Gegenwart des gleichfalls dort anwesenden Ph. J. J. von E. mitgetheilt; dabei hatte er zugleich ausgesprochen, daß er einen vor der Wirthschaft auf- und abgehenden Mann (es war dies Eb. Th. von Z.*) für denjenigen halte, der die Entwendung verübt haben könne. Als sodann nach Verlauf etwa einer Viertelstunde Sch. mit J. die Wirthschaft verließ, um den Wagen zu besteigen, begab sich der Angeschuldigte gleichfalls auf die Straße und versetzte dort dem erwähnten Manne mit einem am Ort der That ergriffenen Lattenstück von hinten ohne weitere Veranlassung einen Schlag auf den Kopf, in Folge dessen der Getroffene sofort zusammenstürzte. Der Angeschuldigte behauptet zwar, er habe vor dem Schlag den Mann befragt, ob er Niemand an dem Wagen bemerkt habe und nicht von dem Wagen weggekommen sei und auf Bejahung dieser Frage weiter erklärt: „da müssen Sie wissen, wo der Pfülben hingekommen ist, oder müssen ihn selbst forthaben," worauf der Mann seine rechte Hand aus der Hosentasche gezogen und sie erhebend erwiedert habe: „das sagen Sie mir nicht mehr;" durch diese Aeußerung und Haltung des Th. will der Angeschuldigte in Zorn versetzt und zu dem Schlage verleitet worden sein. Dieser Behauptung steht jedoch die Darstellung des Verletzten, wie er sie nicht allein vor Gericht, sondern auch kurz nach der That dem S. B. machte, entgegen. Wenn hiernach auch nicht angenommen werden kann, daß der Angeschuldigte durch einen seiner That unmittelbar vorangegangenen Wortwechsel mit dem Verletzten in Aufregung versetzt worden war, so muß doch nach den oben dargestellten früheren Vorgängen und da der Angeschuldigte am Morgen nach der That gegenüber der B. A. schon aussprach, daß er den Th. geschlagen habe, weil dieser den Pfülben entwendet, — Aerger über diese Entwendung, für deren Urheber der Angeschuldigte den Th. hielt, als Beweggrund zur That betrachtet werden. **) Bei dieser Unterstellung und da beim Mangel von Gründen für das Gegentheil anzunehmen ist, daß der Entschluß zur That dieser unmittelbar vorausging, kann ein Vorbedacht, d. i. ein Entschluß bei ruhiger Ueberlegung nicht angenommen werden. Es ist vielmehr die That als Folge eines übereilten Entschlusses anzusehen und deßhalb, wenn gleich ein eigentlicher Affect, eine Aufwallung, nicht vorlag, nach der milderen Strafbestimmung des §. 232 St.G.B. über Körperverletzungen, welche ohne vorbedachten Entschluß, im Affect, verübt wurden, zu beurtheilen 2c."

*) Der Verletzte.

**) Zu bemerken ist hierbei, daß diese Entwendung, wie in einem späteren, im übrigen nicht hierher gehörigen Theile der Gründe angeführt ist, den Angeschuldigten nicht berührte, weil der Pfülben Eigenthum des Sch. war, welcher dem Angeschuldigten noch dazu gesagt hatte, er solle sich beruhigen, da der Pfülben nicht viel werth sei. —

Zweifellos wird die Frage, wenn man annimmt, daß Vorbedacht und Affect als die einzigen Arten des Vorsatzes den Begriff desselben erschöpfen sollen, so daß jeder Vorsatz, der kein vorbedachter (d. h. aus ruhiger Ueberlegung hervorgegangener) ist, als Affect bezeichnet werden wollte, einerlei ob der Vorbedacht deßhalb nicht vorhanden war, weil (was die Regel sein wird) eine Erregung der Gemüthsstimmung, leidenschaftliche Aufregung, Zorn u dgl. (Affect, impetus in engerer Bedeutung), die ruhige Ueberlegung ausschloß, oder sonstige Verhältnisse, welche auf das Denkvermögen Einfluß üben, zu dem Entschluß geführt haben, ehe eine ruhige Ueberlegung eingetreten war. In letztere Categorie würden beispielsweise jugendlicher Leichtsinn, Uebermuth u. dgl. gehören.

Dafür daß die gegenwärtige Strafgesetzgebung das Wort Affect in dieser weiteren Bedeutung genommen hat, spricht zur Genüge die Erwägung, daß sicherlich alle vorsätzliche durch rechtswidrige Handlungen verübte Körperletzungen einer Strafe unterworfen werden wollten. Auch der Umstand, daß der §. 232 St.G.B. (und das gleiche ist beziehungsweise des Verbrechens des Todschlags in §. 209 St.G.B. der Fall), das Wort „im Affect" durch 2 Commata getrennt, anstatt in Parenthese, in den Text aufgenommen hat, führt zu dem Schlusse, daß damit das Gleiche bezeichnet werden wollte, was unmittelbar vorher durch die Worte: „ohne vorbedachten Entschluß" negativ ausgesprochen ist.

Zu dieser Auslegung berechtigen auch die Motive zu dem §. 87 des Entwurfs (§. 97 des St.G.B.) und §. 187 des Entwurfs (§. 209 St.G.B.) und Bericht der Commission der II. Kammer zu dem letzterwähnten Paragraphen, worin jeweils der vorbedachten Handlung stets nur die Handlung im Affect entgegengesetzt wird.

Beh.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 19.

I.

Sind Aktiengesellschaften juristische Personen?

Diese Frage wurde nach einem in diesen Blättern No. 14 mitgetheilten Falle von dem großh. Hofgericht des Unterrheinkreises und von dem höchsten Gerichtshof verneinend entschieden. Dagegen wird in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Dr. Goldschmidt 1. Heft S. 172 eine Entscheidung des k. Obertribunals in Stuttgart vom 11. Februar 1857 mitgetheilt, welche unsere Frage bejaht und zur Rechtfertigung dieser Ansicht in den Entscheidungsgründen ausführt, daß bei Aktiengesellschaften Keiner der Theilnehmer für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften habe, die Gläubiger der Gesellschaft sich vielmehr zu ihrer Befriedigung nur an den Gesellschaftsfonds halten könnten, und ein Klagerecht nur gegen die durch die Direktion vertretene Gesellschaft hätten. Eine befriedigende juristische Lösung dieses Verhältnisses könne nur darin gefunden werden, daß man sich die Gesellschaft als ein selbstständiges, von den Personen der einzelnen Mitglieder unabhängiges Rechtssubjekt denke, mithin der Gesellschaft als solcher die Eigenschaft der rechtlichen Persönlichkeit beilege. So werde auch in andern Gesetzen und Gesetzentwürfen z. B. in dem preußischen Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9. November 1843 §. 8, in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland Tit. 3 Art. 80 und in dem Entwurf eines Handelsg. für Würtemberg Art. 256 die in gehöriger Weise errichtete Actiengesellschaft ausdrücklich für eine Rechtsperson erklärt.

In den Motiven zu dem würtenbergischen Handelsgesetzbuch wird zu Art. 256 gesagt: „Es war bisher unter den Rechtsgelehrten bestritten, ob eine solche Gesellschaft eine bloße Gemeinschaft (communio) oder ob sie als eine rechtliche Person anzusehen sei. Im ersten Fall wären die Aktionäre die gemeinschaftlichen Eigenthümer des Gesellschaftsvermögens und zur Verfügung darüber nach Willkühr berechtigt, im zweiten können sie darüber nur in Gemäßheit der Grundbestimmungen der Gesellschaft verfügen.

Wenn aber auch eine Aktiengesellschaft eine juristische oder moralische Person ist, so ist damit nicht gesagt, daß sie die Rechte der Corporationen genießt; vielmehr sind die Rechte und Befugnisse der Corporationen, welche in neuerer Zeit beinahe durchgängig in den Kreis des öffentlichen Rechts gezogen werden, gar nicht oder nur mit Vorsicht darauf anzuwenden. Die Hauptsache ist, daß Rechte und Verbindlichkeiten nur der Gesellschaft zustehen, und daß die einzelnen Mitglieder nicht einmal pro rata Antheil daran haben u. s. w."

Mit diesen letzten Worten ist das Wesen der Sache bezeichnet, das unterscheidende Merkmal gegeben. Bei der Aktiengesellschaft gehört das Vermögen derselben auch nicht einmal pro parte dem einzelnen Aktionär, er kann in keiner Weise darüber verfügen, ebensowenig kann er zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft pro parte angehalten werden; der einzelne Aktionär ist daher nicht Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht einmal pro parte virili. Es muß aber doch wohl ein Rechtssubjekt dafür vorhanden sein; man ist daher genöthigt, sich als solches „die Gesammtheit der Aktionäre" zu denken.

Die Intention der Aktionäre bei der Bildung des Aktienkapitals, die Verwaltung desselben, sowie überhaupt die ganze Organisation dieser Gesellschaften führt zu dem nämlichen Resultat. Wenn die Aktionäre Einlagen ma-

chen, so entäußern sie sich des eingelegten Objekts, sei dieses nun Geld oder eine andere Sache. Zu wessen Gunsten geschieht diese Entäußerung? Zu Gunsten der andern Aktionäre? Das ist gewiß nicht die Intention des einlegenden Aktionärs, er will sicher nicht den andern Aktionären einen Vortheil zuwenden. Wem überträgt er somit das Eigenthum seiner Einlage? Der Gesellschaft, als einem idealen Rechtssubjekt; dagegen erwartet er von dieser auch entsprechende Vortheile, keineswegs aber von den andern Aktionären, in denen er ganz im Gegentheil seine Concurrenten sieht, welche die aus der Gesellschaft erwachsenden Vortheile schmälern. Diese und ähnliche Betrachtungen gaben denn auch Veranlassung zu der Bestimmung des Art. 87 in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, welches bekanntlich den Conferenzen in Nürnberg zu Grund gelegt wurde. Hier heißt es:

„Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden, sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben. Das Vermögen einer Handelsgesellschaft haftet den Gläubigern derselben vorzugsweise; die Gläubiger eines Gesellschafters haben nur auf dasjenige Anspruch, was demselben bei der Auseinandersetzung zufällt."

In den Motiven wird hiezu bemerkt: „Bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen würde der Betrieb eines Gesellschaftshandels thatsächlich unmöglich sein, wenn, wie dies nach römisch rechtlichen Grundsätzen der Fall sein müßte, jedes einzelne der Gesellschaft gehörige Vermögensstück im gemeinschaftlichen Eigenthum der Gesellschafter stünde und jede Gesellschaftsschuld oder Forderung von Rechtswegen unter den Gesellschaftern getheilt wäre. Im Handelsleben wird vielmehr allgemein angenommen, daß die Handelsgesellschaft als solche ein besonderes, von dem Einzelvermögen der Gesellschafter rechtlich unterschiedenes Handelsvermögen besitze, in Beziehung auf welches sie selbstständige Rechte und Pflichten hat. Dieser aus dem Bedürfnisse hervorgegangenen Entwicklung des Begriffs der Handelsgesellschaft hat sich auch die Praxis nicht verschließen können. In der französischen Jurisprudenz hat die Auffassung Geltung erlangt, daß die Handelsgesellschaft als eine juristische Person anzusehen sei, und die gleiche Anschauung ist in Bezug auf Aktiengesellschaften in das Gesetz vom 9. November 1843 übergegangen." Wegen dieser Auffassung wurde der Entwurf von Dr. Goldschmidt in der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, 4. Bd. 2. Heft (besonders abgedruckt unter dem Titel „Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, ein Beitrag zur Revision der Grundlehren des Handelsrechts." Heidelberg 1857), scharf angegriffen, jedoch nur insoweit als der Entwurf für alle Handelsgesellschaften die Eigenschaft der Persönlichkeit in Anspruch nimmt, keineswegs aber insoweit es sich von Aktiengesellschaften handelt. Denselben Standpunkt hat die Nürnberger Conferenz bei der Berathung des Entwurfs eingenommen, indem eine große Meinungsverschiedenheit sich in Bezug auf die Anwendbarkeit des Prinzips der Persönlichkeit auf die offenen Gesellschaften kund gab; man einigte sich dahin, den Art. 87 aus dem allgemeinen Theil, wo von allen Handelsgesellschaften die Rede ist, zu entfernen, und nahm bezüglich der offenen Gesellschaften folgende Sätze an:

Art. 110. „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Handelsgericht des Orts, wo sie ihre Niederlassung hat." Bezüglich der stillen Gesellschaften ist Art. 157 ganz gleichlautend mit Art. 110. Bezüglich der Aktiengesellschaften lautet Art. 190 folgendermaßen: „Die Aktiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Handelsgericht des Orts, wo sie ihre Niederlassung hat." Ein Unterschied ist hiernach nur durch das Wort „selbstständig" angedeutet, wodurch die Persönlichkeit der Aktiengesellschaften ausgedrückt werden soll. Ob aber die Fassung der Art. 110 und 157 die Persönlichkeit der übrigen Handelsgesellschaften ausschließt, scheint mir sehr zweifelhaft.

Dieselben Bestimmungen wurden in der zweiten Lesung mit einer kleinen Redaktionsänderung des Art. 110 beibehalten. Hervorzuheben ist eine von den hamburg'schen Abgeordneten zu Protokoll gegebene Erklärung, in deren Eingang gesagt wird: „Insoweit die Titel 3 und 4 des zweiten Buchs den Zweck haben, für die Aktiengesellschaften, welche in der neuern Zeit eine so große Ausdehnung und Bedeutung gewonnen haben, gewisse gesetzliche Regeln festzustellen, namentlich solche, die aus der Anerkennung

der Aktiengesellschaft als eines selbstständigen, von den Personen der einzelnen Gesellschafter verschiedenen Subjekts von Rechten und Verbindlichkeiten hervorgehen, müssen die Bestimmungen als höchst zweckmäßig und rathsam erachtet werden. Der leitende Gesichtspunkt wird auch hierbei kein anderer sein dürfen, als die Gesetzgebung mit den in der Handelswelt herrschenden Ansichten in Einklang zu bringen."

Aktiengesellschaften werden sonach übereinstimmend in allen drei Entwürfen als selbstständige Personen anerkannt, und zwar, was noch besonders hervorgehoben zu werden verdient, ohne Rücksicht darauf, ob sie Staatsgenehmigung erhalten haben oder nicht. Der erste Entwurf hat nämlich, wie oben erwähnt, allen Handelsgesellschaften die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit beigelegt, während offene und stille (Commandit) Gesellschaften einer Staatsgenehmigung nicht bedürfen. Bei der ersten Lesung wurde diese Eigenschaft zwar ausdrücklich nur den Aktiengesellschaften beigelegt, jedoch sowohl gestattet, stille Gesellschaften auf Aktien (ohne Staatserlaubniß) zu gründen, wie auch in Art. 227 den Landesgesetzen vorbehalten, zu bestimmen, daß es der staatlichen Genehmigung zur Errichtung von Aktiengesellschaften im allgemeinen oder von einzelnen Arten derselben nicht bedarf.

Es ist nun hierdurch allerdings der Beweis noch nicht geliefert, daß in unserm Großherzogthum „nach dem jetzt geltenden Recht" Aktiengesellschaften als juristische Personen anzusehen sind. Das in No. 14 dieser Blätter angeführte Urtheil des höchsten Gerichtshofs stützt sich für die gegentheilige Ansicht auf das zweite Constitutionsedikt, die Verfassung der Gemeinheiten, Körperschaften und Staatsanstalten betreffend. Allein schon die Ueberschrift dieses Gesetzes deutet an, daß dasselbe keineswegs von solchen Gesellschaften, welche einen rein privatrechtlichen Charakter haben, zu verstehen ist. Zum Ueberfluß ist in Art. 9 dieses Gesetzes noch einmal hervorgehoben, daß der Gesetzgeber nur Staatsgesellschaften, wie er sich ausdrückt, im Auge hat. Es heißt nämlich dort wörtlich:

„Ist nun der Zweck einer solchen Gesellschaft zugleich ein Theil des Staatszwecks und in dieser Hinsicht einer besondern Staatseinwirkung sowohl empfänglich als bedürftig, ist also diese eine Staatsgesellschaft, so bedarf sie einer landesherrlichen Bestätigung; ohne diese ist sie ein strafbares Unternehmen. Durch diese erst erlangt sie das Recht der Untheilbarkeit, sodann das Recht der Persönlichkeit u. s. w. Jede auf eine oder die andere Art bestätigte Staatsgesellschaft ist eine Körperschaft, sie hat jedes Recht der Gemeinden, soweit dieses nicht auf dem Besitz einer Markung wurzelt."

Hier ist doch wohl deutlich genug gesagt, daß es sich nicht von Gesellschaften zum geselligen Vergnügen oder von Handelsgesellschaften handelt, sondern nur von solchen, welche Staatszwecke verfolgen. Will man aber diese Vorschrift annalog auf Gesellschaften privatrechtlichen Charakters anwenden, so müßte man zugeben, daß sie wenigstens durch die Staatsgenehmigung das Recht der Persönlichkeit erlangen. Da nun bei uns Aktiengesellschaften überhaupt der Staatsgenehmigung bedürfen, so müßte man in Uebereinstimmung mit dem 2. Const.Ed. alle vom Staate genehmigten Aktiengesellschaften das Recht der Persönlichkeit einräumen. Uebrigens entsteht dieselbe Frage bei den Gesellschaften zum geselligen Vergnügen, bei den Vereinen zur Beförderung der Kunst, der Wissenschaft, oder gemeinnütziger Zwecke, wie z. B bei dem landwirthschaftlichen Verein. Sind dergleichen Vereine, Gesellschaften (Harmonie, Casino, Museum, Ressource) juristische Personen? Und wenn nicht, unter welchem Gesichtspunkt sind sie aufzufassen? Wer ist als Eigenthümer der Liegenschaften, welche sie häufig besitzen, und der Fahrnisse, ohne welche sie überhaupt nicht bestehen können, zu betrachten? Wer ist verbunden, ihre Schulden zu zahlen? Bekanntlich haben die Gesellschaften in Mannheim sehr bedeutende Schulden, in Carlsruhe und andern Städten des Großherzogthums wird dies vielleicht nicht weniger der Fall sein. Für dergleichen Schulden sind häufig Obligationen au porteur ausgestellt — wer ist denn aber Schuldner? Viele Leute, welche solche Obligationen besitzen, könnten sehr beunruhigt werden, wenn sie erfahren, daß die Juristen darüber im Zweifel sind, wer denn eigentlich ihr Schuldner ist? Wenn wir von dem Prinzip der Persönlichkeit aller dieser Gesellschaften, Vereine u. s. w. ausgehen, so schwindet sofort jeder Zweifel, die Gesellschaften und Vereine werden wie Privatpersonen betrachtet, sie haben ihr eigenes Vermögen, sie contrahiren Schulden, für welche zunächst dieses Vermögen in Anspruch genommen werden kann u. s. w. Leugnen wir das Prinzip der Persönlichkeit, so bliebe wohl nichts Anderes übrig, als die einzelnen Mitglieder eines Vereins, einer Gesellschaft als pro parte berechtigt und verpflichtet zu halten, eine Theorie, welche bei reichen Gesellschaften vielleicht sehr

günstig aufgenommen, bei Verschuldeten dagegen mit Entrüstung zurückgewiesen werden würde. Ist es aber richtig, daß, sei es nun nach gemeinem oder nach unserm Partikularrecht, die einzelnen Mitglieder eines Vereins, einer Gesellschaft für deren Schulden pro parte haften, oder daß sie ideelle Theile an deren Aktiven haben? Kann jeder seinen Antheil an diesen etwa mit Pfandlasten beschweren? Kann ein gegen ein einzelnes Mitglied ergangenes Urtheil auch gegen dessen Antheil am Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden? Ergreift das gesetzliche Unterpfandsrecht der Ehefrauen und Minderjährigen der einzelnen Mitglieder einer Gesellschaft auch deren Antheile an den Liegenschaften derselben? Wird ein Mitglied einer Gesellschaft durch den Austritt aus derselben frei von der Haftung für die Schulden, insofern es überhaupt für dieselben haften müßte? Alle diese Fragen werden sofort angeregt, wenn man das Prinzip der Persönlichkeit der Gesellschaften, Vereine u. s. w. nicht anerkennen will. Uebrigens scheint mir, daß man häufig nur darum sich gegen dessen Anerkennung wehrt, weil man unter dem Recht der Persönlichkeit mehr oder etwas Anderes versteht, als eigentlich damit gemeint ist. Im Civilrecht ist die Person der Träger der Rechte und Verbindlichkeiten, insoweit solche das Vermögen betreffen. Wenn es sich daher fragt, ob einer Mehrheit von Personen das Recht der Persönlichkeit zukomme, so ist diese Frage nur dahin zu verstehen, ob die Gesammtheit als Trägerin von Vermögensrechten und Verbindlichkeiten betrachtet werden könne? Von Corporationsrechten kann dabei keine Rede sein, denn die Frage, ob einer Mehrheit von Personen diese Rechte zukommen, gehört in das Gebiet des öffentlichen Rechts. Wenn nun jedem Menschen von Natur das Recht der Persönlichkeit zukommt, so sieht man gar nicht ein, welche Bedenken dabei obwalten, einer Mehrheit von Personen das gleiche Recht zuzugestehen, oder auch nur dieses Recht von einer vorgängigen Staatserlaubniß abhängig machen zu wollen. Das östreichische Civilgesetzbuch hat in den §§. 1202 und 1203 Andeutungen gegeben, aus denen man entnehmen könnte, daß allen Gesellschaften die Persönlichkeit zukomme, und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Oestreich hat im §. 88 allen Handelsgesellschaften diese Eigenschaft zugestanden. Ebenso der preußische Entwurf, wie schon oben angeführt ist. In Frankreich fehlt es an einer ähnlichen gesetzlichen Bestimmung, aber Doktrin und Praxis haben den Satz angenommen. Ja man geht dort noch weiter, indem man annimmt, daß auch den bürgerlichen Gesellschaften (sociétés civiles) die Persönlichkeit zukomme.

Troplong, commentaire du contrat de société. No. 66.

Dieser berühmte Rechtsgelehrte citirt ein Urtheil des Cassationshofs vom 8. November 1836,

Sirey 1836. 1. 811.

in welchem diese Ansicht sanktionirt wurde. Als übereinstimmend werden Duranton und Duvergier angeführt. Toullier ist freilich anderer Meinung, aber Troplong hält ihm die Ansicht der ältern Juristen, wie Straccha, Scaccia, Emérigon entgegen, ja er glaubt, daß diese Ansicht den Art. 1845. 1846. 1848. 1851. 1852. 1859 No. 2. 1864 und 1867 des code c. zu Grund liege. Wenn dieß auch richtig sein mag, so läßt sich dagegen nicht verkennen, daß andern Artikeln desselben Gesetzbuchs der Gedanke eines gemeinschaftlichen Eigenthums (einer communio) zu Grund liegt, z. B. den Art. 1849. 1859 No. 1 und 3. 1862. 1863. Es ist ganz interessant, eine Vergleichung der verschiedenen Artikel anzustellen: Nach Art. 1845 ist jeder Gesellschafter Schuldner der Gesellschaft für das zugesagte Einbringen. Hiernach ist die Gesellschaft, als moralische Person, Gläubigerin des einzelnen Gesellschafters. Nach Art. 1846 gibt es eine caisse sociale, welche Worte in unserm Landrecht freilich durch „gemeinschaftliche Casse" wiedergegeben werden; in Art. 1848 ist von Forderungen der Gesellschaft die Rede, während diese in Art. 1849 als gemeinschaftliche Forderungen bezeichnet werden, woran jeder Gesellschafter seinen Antheil hat. In Art. 1859 offenbaren sich ebenfalls beide Ansichten, indem in No. 2 von den Sachen der Gesellschaft (des choses appartenant à la société), in No 4 von den immeubles dépendants de la société, welche Worte unser Landrecht mit „gemeinschaftlichen Liegenschaften" wiedergibt, die Rede ist, während No. 1 und 3 desselben Artikels die Gesellschaft als moralische Person und die caisse sociale ganz ignorirt und nur von den Verbindlichkeiten der Gesellschafter handelt. Es geht daraus wohl unzweideutig hervor, daß man sich über das Prinzip nicht klar geworden ist, ein Umstand, welchen Gelpke auch an dem preußischen Landrecht tadelnd hervorhebt; vergl. dessen Zeitschrift für Handelsrecht zweites Heft S. 53 und ff.

Es scheint mir aber das Prinzip der Persönlichkeit für alle Gesellschaften so sehr in der Natur der Sache begründet, daß es sich früher oder später Bahn brechen und allgemeine Anerkennung verschaffen wird. Man nehme nur

den ganz einfachen Fall, da Jemand eine Forderung an einen Gesellschafter hat und ein Urtheil gegen ihn erwirkt. Kann er dieses gegen die Gesellschaft, d. h. gegen deren Eigenthum vollziehen lassen? Oder darf er mindestens einen Eintrag auf deren Liegenschaften nehmen? Wenn die Gesellschaften keine moralischen Personen sind, wenn wir mithin annehmen, es gebe kein Eigenthum der Gesellschaft, sondern nur ein Eigenthum der Gesellschafter, so ist jeder derselben Eigenthümer pro parte sua, wie bei einer communio, mithin können seine Gläubiger im Vollstreckungsweg auf diesen Antheil greifen, sie können Urtheile, die gegen einen Gesellschafter ergangen sind, auf die pars quota ihres Schuldners in die Unterpfandsbücher eintragen lassen, Ehefrauen und Minderjährige haben das gesetzliche Unterpfandsrecht an dieser pars quota. Wenn ein Gesellschafter verganiet wird, so muß diese pars quota zur Gantmasse gezogen werden, ohne daß die Schulden der Gesellschaft daran in Abzug gebracht werden können; vielmehr bleibt es den Gläubigern überlassen, in der Masse zu liquidiren. Diese Consequenz einer reinen communio hat aber, was gewiß sehr bemerkenswerth ist, schon das römische Recht in dem Fall nicht zugelassen, wenn die übrigen Gesellschafter in solidum haften, was z. B. bei den sociis argentariis der Fall war.

Goldschmidt, l. c. S. 166.

Treitschke, Gewerbegesellschaft S. 238—54.

Das preußische Landrecht gestattet überhaupt den Gläubigern eines einzelnen Gesellschafters nicht, auf das Eigenthum der Gesellschaft zu greifen oder auch nur dieses mit Beschlag zu belegen; sie können nur Abrechnung und Herauszahlung dessen, was in Folge der Abrechnung, mithin nach Zahlung der Gesellschaftsschulden, ihrem Schuldner gebührt, verlangen. Mit Recht sieht Gelpke l. c. in dieser Bestimmung eine Anerkennung der Persönlichkeit der Gesellschaften. Troplong l. c. No. 24 findet gerade darin den Unterschied zwischen der Gesellschaft und der communio, daß jener die Persönlichkeit zukommt, dieser aber nicht. Der Beweis dafür kann schon darin gefunden werden, daß das Einlegen einer Sache in eine Gesellschaft eine wahre Veräußerung enthält; der bisherige Eigenthümer kann nicht mehr darüber verfügen. Aber auch kein anderer Gesellschafter ist Eigenthümer der eingelegten Sache geworden; denn keiner derselben kann über sie verfügen. Eine Verfügungsgewalt steht nur demjenigen Gesellschafter zu, der hiezu von seinen Mitgesellschaftern das Mandat erhalten hat; sind aber etwa diese pro parte Eigenthümer der eingelegten Sache geworden? Auch das nicht. Denn der Eigenthümer darf nach Willkür über seine Sache verfügen; die einzelnen Gesellschafter dürfen aber selbst nicht über die pars quota verfügen, sie müßten denn ein Mandat erhalten haben. Das steht fest. Wer ist denn aber Eigenthümer der Einlage? Die Gesammtheit der Gesellschafter, mithin eine gedachte, eine juristische Person, welche je nach dem Inhalt der Gesellschaftsverträge durch einen oder durch mehrere oder durch alle Gesellschafter vertreten wird.

Dr. Ladenburg.

II.

Dienstbarkeit.

Wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, zwischen welchen ein sichtbares Merkmal einer ständigen oder unständigen Dienstbarkeit besteht, das eine Grundstück verkauft, so dauert die Dienstbarkeit fort.

Wernet gegen Weis.

Die Parteien besitzen eine Scheuer, wovon jedem Theile die Hälfte zugehört.

Zwischen beiden Antheilen befindet sich eine dem Wernet eigenthümliche Tenne, in welcher Weis seine Früchte dreschen darf. Zu dieser Tenne führt eine die beiderseitigen Hofraithen durchschneidende gemeinschaftliche Einfahrt. Nun will aber Wernet dem Weis nicht mehr gestatten, seine Felderzeugnisse in die erwähnte Tenne einzuführen, um sie von dort aus in seine Behälter zu verbringen, worauf letzterer ein Recht zu haben behauptet.

In erster Instanz wurde Wernet mit seiner Negatorienklage abgewiesen, in zweiter hingegen nach dem darin gestellten Begehren erkannt.

Auf die Oberappellation des Beklagten ist aber unterm 6. Mai l. J. das hofger. Urtheil aufgehoben und das untergerichtliche wieder hergestellt worden.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hält sich durch das hofgerichtliche Urtheil beschwert, welches ihm verbietet, seine Felderzeugnisse in die Tenne des Klägers einzuführen, um sie von da aus in seine Scheuer zu verbringen.

Indem der zwischen den Rechtsvorfahrern der Parteien im Jahre 1815 abgeschlossene Kaufvertrag dem Käufer des oberen Scheuertheils bezüglich der Tenne nur das Recht, in ihr zu dreschen, gewährte, war demselben wohl die Benützung der Tenne, als eines selbstständigen Raums, zu jedem andern Zweck, als dem des Dreschens, also namentlich zum Aufbewahren von Früchten, Unterstellen von Wagen, Abstellen von Ackergeräthschaften u. dergl. verwehrt, aber noch keineswegs eine Benützung derselben, als bloßen Zugangs zum verkauften Scheuertheil untersagt; es muß im Gegentheil angenommen werden, daß die Absicht der Vertragspersonen dahin ging, dem Käufer das Einführen seiner Felderzeugnisse in die Tenne behufs ihrer Verbringung in seinen Scheuertheil zu gestatten.

Wenn zwei Personen über eine Sache einen Vertrag abschließen, so ist bei ihnen nach L.R.S. 1614. 1615 die Absicht zu unterstellen, daß die Sache in dem Zustand, worin sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befindet, insbesondere mit ihren Zugehörden und Allem was zu ihrem immerwährenden Gebrauch bestimmt ist, übergeben werden soll. In Anwendung dessen soll auch nach L.R.S. 694, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, zwischen welchen ein sichtbares Merkmal einer ständigen oder unständigen Dienstbarkeit besteht, das eine Grundstück verkauft, die Dienstbarkeit fortdauern. Hiernach erwarb der Rechtsvorfahrer des Beklagten, indem er die an die klägerische Tenne anstoßende obere Scheuer, als solche, kaufte, auch die Befugniß, die Tenne, welche den Zugang zur Scheuer bildet, behufs der Einführung seiner Früchte ebenso zu benützen, wie sie bis dahin vom Verkäufer zur Verbringung seiner Früchte in denselben Scheuertheil benützt worden war. Daß die Einräumung dieser Befugniß der Absicht der Vertragspersonen entsprach, ist um so gewisser, als die seitherigen Eigenthümer jenes Scheuertheils die Tenne über 40 Jahr lang in solcher Weise ohne Widerspruch der Eigenthümer der Tenne benützt haben, wie denn auch der jetzige Kläger, als angeblicher Bevollmächtigter seiner Mutter, in den Acten über den Prozeß vom Jahr 1842 Seite 15 und 21 das Recht des Beklagten als ein durchaus unbestrittenes und nicht etwa blos im Wege eines Vergleichsvorschlags anerkannt hat.

Aus diesen Gründen 2c. D. R.

III.

Zur Auslegung des §. 6 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 über Ernährung unehelicher Kinder und des §. 581 der Pr.O.

J. S. Frank gegen Ries, Forderung eines Ernährungsbetrags betr. hatte der Unterrichter auf einen durch den Beklagten zu leistenden Reinigungseid erkannt. Der Beklagte fand sich dadurch beschwert und ergriff die Berufung.

Da der Beweis dafür, daß der Beklagte mit der Mutter des betreffenden Kindes während der gesetzlich in Betracht kommenden Zeit geschlechtsvertraulichen Umgang gehabt, nur in einem schwachen Grade erbracht worden war, so trug die dem Streite beigetretene Mutter, der Berufung sich anschließend noch vor, daß der Beklagte an einem bestimmten, näher von ihr bezeichneten Tage (der in die Zeit vom 180. bis zum 300. Tag vor der Geburt ihres Kindes fiel), in Folge getroffener Verabredung ihr auf der Rückkehr von einer Reise entgegengegangen sei, sie einige Stunden weit heimbegleitet und sie insbesondere an diesem Tage geschwängert habe. Zu gleicher Zeit stellte die Beiklägerin den Antrag auf Zulassung zum Erfüllungseid.

Der Beklagte läugnete die Richtigkeit der neuen Thatsache und bekämpfte die Zulässigkeit des ihm darüber zugeschobenen Haupteides. Der III. Civilsenat des unterrheinischen Hofgerichts bestätigte mit Urtheil vom 29. März 1858 No. 2687 das unterrichterliche Erkenntniß und sprach sich in der Begründung hierzu über die Anschließung der Beiklägerin also aus:

Das in II. Instanz zur Unterstützung des Begehrens der Beiklägerin Vorgetragene ist nicht geeignet, dasselbe zu begründen: denn der dem Beklagten über den angeblichen Gang mit der Beiklägerin am 30. März 1856 zugeschobene Haupteid, durch dessen Verweigerung die Vermuthung eines Beischlafs begründet werden soll, ist unzulässig, da der Haupteid nur über entscheidende Thatsachen, also nicht zur Begründung von Vermuthungen zugeschoben werden darf (§ 522 der Pr.O.), auch in dem Verbote der Eideszuschiebung zum Beweise des Beischlafs durch §. 6 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 nach dem Grunde desselben, zugleich das Verbot der Eideszuschiebung über solche Thatsachen enthalten ist, aus welchen die Vermuthung des Beischlafs gefolgert werden soll.

Wilckens.

IV.

Anfrage.

Wie werden Zinscoupons von Staatspapieren, die auf den Inhaber lauten, auf redliche Weise erworben?

Das Staatspapier- und Actienwesen hat bekanntlich in den jüngsten Jahren eine ausgedehnte Gestalt angenommen. Früher waren in der Regel die auf Inhaber ausgestellten Schuldscheine der Staaten u. s. w. nur im Besitz der Banquiers und größern Kapitalisten; allein es hat gegenwärtig auch die Mittelklasse mitunter einen großen Theil ihres Vermögens in Staats- und Industriepapieren angelegt.

Als Folge dieser Thatsache sehen wir in neuester Zeit Coupons (Zinsabschnitte) von solchen, auf den Inhaber lautenden Staats- und andern Werthpapieren tagtäglich im Kleinverkehr als baares Geld circuliren. Die Rechnung des Handwerksmannes wird mit Coupons, die demnächst fällig, oder schon verfallen sind, bezahlt; der Spezereihändler, so wie jeder Kaufmann nimmt sie in seinem Geschäfte als Baarzahlung an.

Es entsteht nun die Frage: Sind solche auf den Inhaber lautende Zinscoupons im Handel und Wandel als Papiergeld zu betrachten, gilt deren Besitz unbedingt als Rechtstitel für die Erhebung des Zinsbetrags bei der betreffenden Kasse, oder aber kann derjenige, dem solche Zinscoupons entwendet worden sind, oder der sie verloren hat, dieselben nach L.R.S. 2279 und 2280 innerhalb drei Jahren von derjenigen Hand ohne Vergütung zurückverlangen, in welcher er sie findet, selbst wenn diese dritte Hand in gutem Glauben in deren Besitz gelangt ist, das heißt wenn dieser wirkliche Inhaber im öffentlichen Geschäftsverkehr durch Hingabe von Waaren oder durch irgend eine Gegenleistung von einer unbekannten Person in den Besitz derartiger Zinscoupons gekommen ist?

Wir wollen unsere Frage durch ein Beispiel klar machen:

A. nimmt in seinem lebhaften Detailgeschäft auf den Inhaber lautende Zinscoupons von badischen Staatspapieren für Waaren ein. Später präsentirt er dieselben bei der Amortisationskasse zur Einlösung, erhält aber die Antwort: es seie von dem Amtsgericht X. ein Sperrbefehl gegen diese Coupons ergangen.

Vom Amtsgericht X. hört A. daß B. den Sperrbefehl erwirkt habe, weil ihm diese Coupons entwendet worden seien. In den Verhandlungen, welche auf die Einsprache des A. gegen den von B. erwirkten Sperrbefehl gepflogen wurden, beweißt B., daß er rechtmäßiger Eigenthümer der Coupons war, und daß sie ihm entwendet wurden. A. beweißt dagegen, daß er diese Coupons in seinem Geschäfte von einer ihm unbekannten Person gegen Hingabe von Waaren als Zahlung erhielt. Hat A. auf diese Weise die Coupons nach Ahg.S. 203 auf redlichem Wege erworben, mit andern Worten: wer hat nun Anspruch auf Auszahlung der Coupons von Seiten der Amortisationskasse? A. oder B.?

Sch.

Antwort der Redaction.

Es ist allerdings Thatsache, daß Zinscoupons im täglichen Verkehr als Zahlungsmittel gegeben und angenommen werden; allein diese Uebung des Publikums macht die Coupons, wenn sie gleich als Werthpapiere erscheinen, nicht zu Papiergeld, welches nur vom Staate als solches ausgehen kann.

Obschon nun Zettel auf Inhaber und sonstige Fahrnißstücke das miteinander gemein haben, daß bei beiden der Besitz als Rechtstitel gilt, beziehungsweise die Vermuthung des Eigenthums für den Besitzer begründet, so finden doch auf erstere und daher auch auf Coupons die L.R.S. 2279 und 2280 keine Anwendung, weil die bürgerliche Prozeßordnung in §. 744 für den Fall, daß Handelszettel auf Inhaber oder andere Schuldurkunden auf Inhaber und für den Fall, daß Staatspapiere auf Inhaber ihren Besitzern ohne deren Willen abhanden gekommen, die Vorschriften für anwendbar erklärt, welche in den Sätzen 201 bis 205 des Anhangs zum Landrechte und in dem Gesetze vom 14. Mai 1828 Art. 2 (Reg.Bl. S. 85. 86) gegeben sind.

Hiernach beantwortet sich die oben gestellte Anfrage einfach dahin, daß gegen den Inhaber des Coupons von demjenigen, welchem solcher ohne sein Wissen abhanden gekommen ist, keinerlei Klage auf Herausgabe desselben erhoben; wohl aber ein Sperrbefehl bei Gericht nachgesucht werden kann. Ist dann der Besitzer im Stande, den redlichen Erwerb des Coupons glaublich oder wahrscheinlich zu machen, so muß ohne weitere Nachfrage nach dem Rechte dessen, von dem er ihn erhielt, der Sperrbefehl aufgehoben, der Coupon (natürlich wenn er fällig

ist) an den Ueberbringer bezahlt und dem Impetranten der Rückgriff gegen wen immer vorbehalten werden.

Als redliche Erwerbung würde es übrigens anzusehen sein, wenn der Inhaber z. B. im offenen Laden den Coupon als Zahlung für verkaufte Waare von irgend Jemand empfangen hätte. In einem derartigen Falle würde mithin A. berechtigt sein, die Auszahlung des Coupons zu beanspruchen.

D. R.

V.

Literatur-Notiz.

Der hocherfreuliche Aufschwung, welcher sich in der Bearbeitung des Handelsrechts seit Eröffnung der Berathungen über ein gemeinsames deutsches Handelsgesetzbuch überall zeigt, tritt auch dadurch hervor, daß wir vier verschiedene Zeitschriften über Handelsrecht ins Leben treten sahen. Das frühere „Archiv für deutsches Wechselrecht" von Siebenhaar und Tauchnitz hat sich in ein „Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht" umgewandelt. Durch Voigt und Heinichen ist von Hamburg aus das „Neue Archiv für Handelsrecht" angekündigt. Von der durch Dr. G. M. Kletke herausgegebenen „Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtssachen mit Einschluß des Wechselrechts" sind bereits einige Hefte erschienen und in Annalen XXIV. S. 136. XXV. S. 32 mit Recht günstig beurtheilt worden. Hieran reiht sich nun die „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht," herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt, Docenten der Rechte in Heidelberg. Erlangen bei Enke. Davon liegt das erste Heft des 1. Bandes vor uns und empfiehlt sich so sehr durch reichhaltigen und anziehenden Inhalt, daß wir uns erlauben wollen, demselben einige Worte zu widmen. In der ersten Abhandlung bespricht der durch frühere schriftstellerische Arbeiten vortheilhaft bekannte Herausgeber in geistvoller Weise Zweck und Richtung seines Unternehmens und verbindet damit vortreffliche Notizen über die Literaturgeschichte des Handelsrechts. Dann folgt eine sehr lichtvolle Erörterung der bekannten Streitfrage über die Wirkung des durchstrichenen Accepts von Geh. Rath Brauer in Karlsruhe; ferner der Concurs nach englischem Recht von Güterbock, Beiträge zur Geschichte der Inhaberpapiere von Euler, einige Erörterungen über Handelsgesellschaften mit Bezug auf den Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs von Obergerichtsadvokat Dr. Ladenburg, und besondere Erwähnung verdient noch die Abhandlung des Herausgebers über den Kauf auf Probe oder auf Besicht, welche sich namentlich dadurch auszeichnet, daß zur Aufklärung dieser schwierigen Materie die reichen Erfahrungen der römischen Juristen ebenso gründlich, als scharfsinnig benützt werden.

In der zweiten Abtheilung werden mehrere neue gesetzgeberische Erscheinungen auf dem Gebiete des Handelsrechts wörtlich mitgetheilt, z. B. die viel besprochene preußische Verordnung über die Suspension der Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes.

Die dritte Abtheilung bringt interessante Urtheile und zwar meistens Originalmittheilungen aus Braunschweig, New-York, Hannover, Darmstadt, Würtemberg ꝛc.

In der vierten Abtheilung „Literatur" werden theils eingehende Besprechungen neuerer handelsrechtlicher Schriften geliefert, theils werden solche, namentlich die Abhandlungen anderer Zeitschriften, kurz angeführt.

Schließlich werden in der fünften Abtheilung „Miscellen" statistische Notizen gegeben über die Handelsrechtspflege in Frankreich während des Jahres 1856 und über die Rechtspflege des Commerz- und Admiralitätscollegiums zu Danzig während des Jahres 1848—1857.

Wenn wir sodann noch erwähnen, daß in dem Verzeichniß der Mitarbeiter die bewährtesten Männer dieses Faches genannt werden, so dürfte es gerechtfertigt erscheinen, daß wir uns erlaubten, auf dieß ohnehin sehr zeitgemäße Unternehmen aufmerksam zu machen.

Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 20.

I.

Waiderecht.

1) Beweis der unvordenklichen Verjährung durch Urkunden.

2) Auf Sachen der freien Willkür findet weder Besitz noch Verjährung statt.

Deurer gegen Mannheim.

In der Regel erwirbt eine Gemeinde auf den Grundstücken der Gemarkung das Waidrecht dadurch, daß die einzelnen Güterbesitzer entweder ausdrücklich oder stillschweigend die Bewaidung ihrer Felder zulassen. Von einer ausdrücklichen Bewilligung dieser Dienstbarkeit von Seiten der Grundeigenthümer ist in dem vorliegenden Falle nicht die Rede.

Eine stillschweigende Anerkennung des Waidrechts erfolgt, wenn die Eigenthümer von Grundstücken die Bewaidung derselben während eines zur Ersitzung des Waidrechts hinreichenden Zeitraums ohne Einsprache dulden.

Unbezweifelt befand sich die Stadtgemeinde Mannheim in Ausübung des Schaafwaidrechts auf der ganzen Gemarkung, als 13 Güterbesitzer mit der Entlastungsklage gegen sie auftraten, womit sie die Freiheit ihrer Grundstücke von der Dienstbarkeit und eventuell die Pferchung ihrer Aecker aus dem Titel der Ersitzung in Anspruch nahmen. Allein die Beklagte schützte, was den Erwerb des Waidrechts betrifft, unfürdenkliche Verjährung vor und bestritt das Pferchrecht, indem es lediglich Sache ihres Beliebens sei, die waidpflichtigen Grundstücke, auf jeweiliges Ansuchen ihrer Eigenthümer, pferchen zu lassen oder nicht. Hierüber kam es zu weitläufigen Beweisverhandlungen, deren Ergebniß die Abweisung der Klage in allen 3 Instanzen zur Folge hatte.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 23. April 1858.

Die Kläger haben, als Güterbesitzer auf der Gemarkung Mannheim, gegen die Stadtgemeinde daselbst eine Negatorienklage erhoben, darauf gestützt, daß die Beklagte seit einer Reihe von Jahren ein Schafwaidrecht auf sämmtlichen Gütern der Gemarkung in der Art ausübe, daß sie die Waide verpachte und dem Beständer das Recht einräume, die Gemarkung zu bewaiden; die Güterbesitzer hätten sich die Schäferei seither gefallen lassen, weil ihnen der Schäfer gegen Vergütung von 5 fl. per Morgen alten oder 7 fl. 30 kr. per Morgen neuen Maaßes, der Reihe nach, wann sie sich meldeten, ihre Felder gepfercht habe; da aber dieses Pferchen nach einer Anordnung der verpachtenden Gemeinde nicht mehr stattfinden soll, so wollten die Kläger die Schäferei auf ihren Gütern nicht mehr dulden, weil die Beklagte kein Recht dazu habe.

Es wurde gebeten, zu erkennen, es stehe der Beklagten kein Schäfereirecht auf den Gütern der Kläger auf Mannheimer Gemarkung, wie solche im Grundbuch auf ihren Namen eingetragen sind, zu, und habe sich daher die Beklagte der ferneren Ausübung der Schäferei auf diesen Gütern zu enthalten; eventuell: es habe die Beklagte diese Schäferei nur mit der Beschränkung auszuüben, daß der Schäfer die Güter der Kläger nach der Reihe, wie sie sich melden, gegen die seitherige Taxe von 5 fl. per Morgen alten oder 7 fl. 30 kr. per Morgen neuen Maaßes zu pferchen habe.

Die beklagte Stadtgemeinde trug auf Abweisung dieser Klage an, indem sie sich auf den am 6. Oktober 1789 mit der churfürstlich pfälzischen Hofkammer abgeschlossenen Tauschvertrag und auf das, durch unvordenkliche Verjährung erworbene Recht der Schafwaide bezief, und das von den Klägern beanspruchte Pferchrecht als solches bestritt. Seit mehr als zwei Jahrhunderten sei ihr, aus uralter

Zeit stammendes, Waidrecht in steter Uebung gewesen, allein bis zum Vertrag von 1789 habe sie sich nicht im ausschließlichen Besitze desselben befunden, sondern das landesherrliche Aerar ein Mitwaidrecht an zwei bestimmten Wochentagen gehabt, und erst seit dem Vertrag von 1789 habe sie das Recht mit Ausschluß eines jeden Dritten ausgeübt.

Die Kläger widersprachen dieses und behaupteten eventuell, daß ihr Pferchrecht jedenfalls ebenso lange, wie die Waide, ausgeübt worden sei.

Da es sich hiernach nicht um ein bloß persönliches Recht, etwa der Nutznießung, welche nur auf eine gewisse Anzahl Jahre verliehen werden konnte, sondern um ein dingliches Recht, handelt, und hierüber in den vordern Instanzen kein Beweis aufgelegt worden war: so wurde mit diesseitigem Erkenntniß vom 22. Januar 1856 folgende Beweisauflage gemacht:

I. der Beklagten, daß sie durch unvordenkliche, am 1. Januar 1810 bereits vollendete Verjährung das, jeden Andern als den landesherrlichen Fiscus ausschließende Recht der Schafwaide auf ihrer Gemarkung erworben habe;

II. den Klägern: daß dieses Schafwaidrecht stets unter der Verbindlichkeit ausgeübt worden sei, daß der städtische Schäfer die Güter der Kläger nach der Reihe, wie sie sich meldeten, gegen eine Taxe von 5 fl. für den Morgen alten, und von 7 fl. 30 kr. für den Morgen neuen Maaßes pferchte.

Die Beweisverhandlungen lieferten folgendes Ergebniß:

I. Das Waidrecht betreffend:

Theils alte, im großh. Generallandesarchiv aufbewahrte Urkunden, theils die in der Gemeinderegistratur liegenden Protokolle über die öffentlichen, unter dem Vorsitz und der unmittelbaren Leitung des jeweiligen Stadtdirektors abgehaltenen Schafwaidbestand-Versteigerungen nebst Beilagen, theils die öffentliche, vom Churfürsten Carl Theodor unterzeichnete Tauschvertragsurkunde vom 6. Oktober 1798 weisen nach:

Am 7. Dezember 1654 wurde der Bestand der städtischen Waide, weil er sich an Martini jenes Jahres endigte, aufs Neue an den bisherigen Pächter bis Martini 1655 vergeben.

Den 15. September 1692 berichtete ein Beauftragter des churfürstlich pfälzischen Oberamts Heidelberg auf empfangenen Befehl, er habe sich zu Feudenheim und Käferthal erkundigt, was es für eine Beschaffenheit mit der Mannheimer Waide und Schäferei habe, und von drei vorgeladenen Personen, die er benennt, erfahren, daß die Mannheimer seit etlichen und 20 Jahren ihre ganze Gemarkung mit Schafen bewaiden; und nur eine (vierte) Person gebe an, daß der erste Schäfer von Mannheim, H. M. Grohe, seit etlichen und 20 Jahren nächst um Mannheim herum auf die Waide getrieben habe.

Unter dem 18 August 1744 wurde die städtische Schäferei („nachdem der frühere Bestand auf Martini 1744 zu Ende gehe") auf weitern 6jährigen Bestand, bis Martini 1750 mittelst öffentlicher Versteigerung begeben.

Das Protokoll über den Bestand pro 1750 bis 1756 liegt zwar nicht vor, und ebensowenig jenes pro 1756 bis 1762, es ergibt sich aber die weitere Versteigerung aus dem Erlaß churpfälzischer Regierung vom 27. September 1756, womit ein Bewerber (Seitz) mit seinem Gesuch abgewiesen wird, nachdem die Regierung auf die vom Stadtrath in Betreff der Versteigerung der Stadtschäferei erstatteten Berichte resolvirt hatte, daß dem Bürger und Metzgermeister Eckart, als Letzt- und Meistbietendem, sothan Schäfereisteigerung überlassen; ferner aus der Weisung des Stadtraths vom 11. November 1756 an gedachten Seitz, als ehevorigen Stadtschäferei-Beständer bei Strafvermeidung seinen in der städtischen Gemarkung stehenden Pferch sogleich hinwegzuschaffen und sich nicht zu unterfangen, die Woche hindurch mit der herrschaftlichen Käferthaler, keineswegs aber mit der dortigen Dorfschäferei, allhiesige Gemarkung mehr als zweimal zu betreiben und dem neuen Stadtschäferei-Beständer Eckart die ganze Gemarkung einzuräumen; endlich aus dem Eingang des Versteigerungsprotokolls pro 1762—1768: „demnach der Bestand der städtischen Schäferei künftigen Martini (1762) erloschen und nöthig sein wolle, in Zeiten solche in anderweiten Bestand mittelst öffentlicher Versteigerung zu begeben."

In ununterbrochener Reihenfolge wurde das städtische Schafwaidrecht auch weiter, von 1768 bis zur Anstellung der Negatorienklage, mittelst öffentlicher Versteigerung in Bestand gegeben. Nur für die Jahre 1774 bis 1780 fehlt das Protokoll. Daß aber auch in jener Periode keine Ausnahme eintrat, ergibt sich aus dem Eingang des Protokolls vom 27. Juni 1780.

Hierdurch ist dargethan, daß die Beklagte das Waidrecht nicht nur in der Periode von den Jahren 1770 bis 1810, sondern auch noch mehr als ein Menschenalter vor

dem Jahre 1770 ausgeübt, mithin bereits am 1. Januar 1810 durch unvordenkliche Ersitzung erworben hatte.

Es erstreckte sich über die ganze Gemarkung, den — hier nicht in Betracht kommenden — Distrikt jenseits des sog. Beckerwegs ausgenommen.

Dieses zeigt das Beweismittel vom 15. September 1692 und 11. November 1756; und wenn auch die Pachtversteigerungsprotokolle vor 1786 in dieser Beziehung meistens nur besagen:

„Sollen Beständer die Mannheimer Schäfereigerechtigkeit, wie solche vorhin gewesen, und nunmehr auf diese Zeit gerichtet worden, bestens manuteniren,“

so erkennt man doch jene Ausdehnung des Waidrechts daraus, daß für nöthig erachtet wurde, besonders anzumerken, welche einzelne Plätze, z. B. die Wasen der Festung, vom Schäfer nicht befahren werden dürfen.

Nach Abschluß des Tauschvertrags mit der churfürstlichen Hofkammer vom 6. Oktober 1789, worin auf das herrschaftliche Mitwaidrecht verzichtet wurde, enthalten die Versteigerungsprotokolle mit ausdrücklichen Worten jene Ausdehnung: so der §. 8 des Protokolls vom 10. November 1796:

„Von dem offenen Feld sowohl als von denen Wiesen ist nichts, es sei herrschaftlich oder sonst befreit Eigenthum, Temporal- oder Erbbestand, — ausgenommen, als der Distrikt hinter dem Beckerweg . . .“

und §. 2 des Protokolls vom 23. Juli 1806:

„wird derselbe (Beständer) zu dem Betrieb der ganzen hiesigen Gemarkung auf allen Feldern und Wiesen . . . berechtigt, mit Ausschluß eines jeden Andern,“.

§. 6 lautet wie §. 8 von 1796, und sofort in den spätern Pachtprotokollen.

Es stand nämlich dem churfürstlichen Fiscus ein, schon in dem Waidbüchlein von 1550 erwähntes und in den Steigerungsprotokollen der Stadt oft ausdrücklich vorbehaltenes Mitwaidrecht zu, worüber im §. 6 des erwähnten Tauschvertrags vom 6. Oktober 1789 gesagt ist:

„Tritt die churfürstliche Hofkammer dem Rath und der gemeinen Stadt Mannheim zu einem Aequivalent ab . . . . zu einem wahren und ewigen Eigenthum: 1) den Waidübertrieb der Käferthaler Kameralschäferei auf die Mannheimer Gemarkung überhaupt . . . . dergestalt, daß besagter Uebertrieb von nun an auf immer gänzlich abgestellet — der Stadt Mannheim hingegen allein das ausschließende Recht der Schaaftrift in der ganzen Gemarkung auf allen Feldern und Wiesen, wem diese auch zuständig sein mögen, das ganze Jahr hindurch zugestanden sein, und ihr erlangtes Recht auf ewige Tage anerkannt werden solle.“

Vor dem Abschlusse dieses Vertrags war das städtische Waidrecht also kein ausschließliches gewesen, vielmehr hatte noch der §. 7 der Steigerungsbedingungen im Pachtprotokoll vom 20. Juli 1786 folgenden Vorbehalt gemacht:

„Darf Beständer noch zur Zeit weder die zum Rheinhäuser Hofgut gehörige, noch die hinter dem Beckerweg auf hiesiger Gemarkung liegende Feldgüter, noch die herrschaftlichen Wiesen betreiben.“

Nachdem aber im Vertrag von 1789 die Hofkammer, unter Verzichtleistung auf das ärarische Mitwaidrecht, das der Stadt als ein ausschließliches, die ganze Gemarkung umfassendes anerkannt hatte: fiel die Beschränkung, wie sie der §. 7 des Protokolls von 1786 festsetzte, hinweg, und es trat an dessen Stelle die Bestimmung der späteren Protokolle, wonach von dem offenen Felde sowohl als von den Wiesen auch das herrschaftliche Eigenthum, Temporal- oder Erbbestand nicht ausgenommen war.

Daher kam es auch, daß, auf Klage der Stadt, durch hofgerichtliches Urtheil vom 13. Juli 1840 der großh. Fiscus rechtskräftig verurtheilt wurde, das ausschließliche Schafwaidrecht der Stadt auf der (ärarischen) Mühlau und Bonadies-Insel anzuerkennen und die Bewaidung der Letzteren einzustellen.

Eben dadurch erklärt sich das Verschwinden des oben erwähnten Verbots (der Bewaidung der zum Rheinhäuser Hofgut gehörigen Feldgüter) aus den Pachtversteigerungsbedingungen; denn das Rheinhäuser Hofgut war gleichfalls ärarisch, theils in Temporal-, theils in Erbbestand begeben, aber auf Mannheimer Gemarkung. Dieß ergibt sich schon aus der oben angeführten 7. Bedingung des Pachtprotokolls vom 20. Juli 1786, sowie aus der Renovation des Rheinhäuser Erbbestandsguts von 1829; wogegen die Bemerkung des Stadtraths in einem Berichte an das Stadtamt Mannheim vom 29. September 1829, die gedachte Renovation betr.:

„daß das Consortium der Rheinhäuser Erbbeständer die aus obiger Affaire (der Renovation) entstandenen Kosten zu tragen hätten; da sie nur durch die Renovation ihrer Güter, welche gleichsam eine eigene Gemarkung ausmachten, in welcher sie Wege, Stege u. s. w. selbst und ausschließend zu unterhalten hätten, veranlaßt worden seien;"

sowie die weitere Bemerkung desselben in einem Berichte an dieselbe Stelle vom 13. April 1832:

„daß die zum ehemaligen Rheinhäuser Hofgut gehörenden, später in 27 Loose abgetheilten und erbbeständlich verliehenen Güter früher eine eigene Gemarkung gebildet,"

nicht in Betracht kommen kann.

Die Kläger sind hiernach durch die Abweisung ihrer, auf Aufhebung der Schafwaide gerichteten Klage nicht beschwert.

II. Die Pferchverbindlichkeit betreffend:

Bezüglich des Pferchens enthalten die oben erwähnten Pachtversteigerungsprotokolle Folgendes:

jenes von 1744: „Beständer sollen den Bürgern, die es verlangen, ihre Aecker zu pferchen gehalten sein, wogegen Beständer den dritten Haufen von denen daselbst wachsenden Früchten genießen, oder 4 fl. von jedem Morgen zu empfangen haben sollen." Ebenso jene von 1762. 1768.

Das Protokoll von 1780: „Sollen Beständer den Bürgern, vorzüglich vor Fremden und Ausmärkern, die es verlangen, ihre Aecker zu pferchen gehalten sein, wogegen Beständer den dritten Haufen von denen daselbst wachsenden Früchten zu genießen oder 4 fl. von jedem Morgen zu empfangen haben sollen."

Ebenso die Protokolle bis zum Jahre 1806.

In diesem Jahre erhob Amtmann Ziegler das Gutachten mehrerer Feldverständigen über die bisherigen Pachtbedingungen. Es ging unter Anderm dahin, daß 5 fl. per Morgen Pferchgebühr festzusetzen sei.

Auf den Grund dieses Gutachtens empfahl die bürgerliche Deputation (unter dem Vorsitze desselben Amtmanns Ziegler), laut Protokoll vom 17. Juni 1806 dem Stadtmagistrat jene Erhöhung, was dieser unterm 18. ejusd. genehmigte und von da bis zum Jahre 1812 in die Pachtbedingungen aufnahm.

Im Jahr 1812 wurde am 11. Juni die Waide versteigert und im §. 7 die Bedingung gestellt: „die Beständer müssen die in der Feldmark gelegenen Aecker nach der ihnen von Zeit zu Zeit zuzustellenden Liste gegen die Gebühr von 7 fl. 30 kr. per Morgen alten Maaßes pferchen. Da aber bei der Verkündigung der Bedingungen von sämmtlichen Steigliebhabern gegen die Erhöhung des Pferchpreises von 5 fl. auf 7 fl. 30 kr. protestirt wurde, und hierdurch die ganze Versteigerung sich zu zerschlagen drohte: so wurde es bei dem Pferchpreis von 5 fl. per Morgen alten Maaßes belassen, im Jahe 1840 die Gebühr nach dem neuen Maas auf 7 fl. 30 kr. per Morgen bestimmt, und diese bis 1849 beibehalten.

Im Jahr 1849 erhöhte der Gemeinderath, auf den Vorschlag einer hiezu ernannten Commission die Pferchgebühr auf 9 fl. und nahm dieß bei mehreren Versteigerungen unter die Bedingungen auf; vom 17. August 1852 an aber wurde dem Schäfer freigegeben, wem, wann, und zu welchem Preise er (jedoch nur innerhalb der Gemarkung Mannheim) pferchen wolle.

Wenn man nun auch in der stets sich wiederholenden Auflage der waidberechtigten Stadt an ihre Beständer, die Felder der hiesigen Begüterten gegen eine Vergütung zu pferchen, eine unvordenkliche Uebung erkennt: so fragt es sich doch, ob jenes Geding in den Verträgen der Gemeinde mit ihren Beständern, und der Vollzug desselben, eine Rechtsverbindlichkeit der Stadt gegen die Begüterten, oder blos Sache ihrer freien Willkür (merae facultatis) und daher zu jeder Zeit widerruflich war. Daß die Anordnung auch zum Vortheil der Begüterten gereichte, läßt noch nicht auf einen Rechtsanspruch derselben schließen. Die Pachtbedingungen enthalten auch die Clausel, daß der Bestand an keinen Auswärtigen gelangen solle. Dennoch versteht es sich, daß hierdurch die Begüterten kein Recht auf den Ausschluß Ortsfremder vom Pacht erlangten, wenn ihnen dieß auch vortheilhaft war. Unverkennbar liegt vielmehr darin nur eine Rücksicht der Stadt gegen ihre Angehörigen, deren Interessen ihr nicht gleichgültig sein konnten. Ebenso lag ihr die Beförderung der Landwirthschaft durch die Pferchdüngung nahe; und sie konnte dieser Rücksicht um so eher Rechnung tragen, da der Pferch nicht unentgeldlich war, sondern angemessen bezahlt werden mußte, und zwar wohl nach dem jeweiligen wahren Werth, denn wohl nur hiedurch erklärt es sich, warum die Steiglieb-

haber, denen doch die Erhöhung der Taxe zu gut gekommen wäre, im Jahre 1812 sich derselben widersetzten.

Gerade aber die Thatsache, daß die Begüterten den Pferch voll bezahlen mußten, spricht nicht für die Unterstellung eines Rechts dazu von ihrer, und einer Verbindlichkeit von Seite der Stadt. Noch mehr wird diese Annahme dadurch widerlegt, daß die Vergütung keine unwandelbare war, sondern mehrmals verändert, erhöht wurde, und zwar ohne Beizug der Besitzer waidpflichtiger Güter, blos nach dem Willen und Beschluß der Stadtbehörde, auf ein Gutachten der von ihr selbst — ohne Zuthun der Waidpflichtigen — zu Rath gezogenen Feldverständigen, und ohne daß die Begüterten — vor gegenwärtigem Prozeß — gerichtliche Einsprache erhoben hätten.

Entscheidend ist endlich, daß in den Protokollen aus der besonders wichtigen Periode von 1744 bis 1806 den Beständern nur die Auflage gemacht wurde „den Bürgern, die es verlangen, oder „den Bürgern vorzüglich vor Fremden und Ausmärkern" ihre Aecker zu pferchen. Wäre der Pferch ein Recht der Besitzer waidpflichtiger Güter, als solcher, gegenüber der Stadtgemeinde, als Inhaberin des Waidrechts gewesen, so hätten sämmtliche Besitzer waidpflichtiger Güter auf der Gemarkung gleichen Anspruch auf den Pferch gehabt und den Bürgern nicht nachgesetzt werden können. Die Ausschließung der Ausmärker (d. h. der außerhalb des Gebiets der Stadt wohnenden Besitzer von Gütern in der Gemarkung) und die Beschränkung des Pferchnutzens auf die Bürger beweißt vollständig, daß der Pferch überall nicht Ausfluß eines dinglichen Rechts der Begüterten, sondern des freien Willens der Stadtgemeinde, eine auf keinem Civilrecht beruhende Begünstigung der Bürger durch die Gemeinde war.

Der Beweis, daß dem Waidrecht die Verbindlichkeit zum Pferch gegenüberstand, ist also den Klägern nicht gelungen, und sie sind auch durch die Verwerfung des eventuellen Klaggesuchs nicht beschwert rc. D. R.

II.

Cassationsfall.

1) Wegen unrichtiger Schuldigerklärung von Seiten der Geschworenen und wegen unrichtiger Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Schranken von Seiten des Schwurgerichtshofs findet keine Nichtigkeitsbeschwerde statt.

2) Eine Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens ist nur dann vorhanden, wenn dadurch der Entlastungsbeweis oder die Vertheidigung der Angeklagten beeinträchtigt wurde.

3) Die erst nach Ablauf der Nothfrist von 8 Tagen vorgebrachten Nichtigkeitsbeschwerden sind verspätet.

In der Untersuchungssache gegen Joseph König und Genossen wegen in Bande verübter Diebstähle haben die Angeklagten, gegen welche Zuchthausstrafe von längerer und kürzerer Dauer erkannt worden ist, das schwurgerichtliche Urtheil vom 20. März l. J. aus den unten angeführten Gründen als nichtig angefochten.

Die geltend gemachten Nichtigkeitsbeschwerden wurden jedoch auf gepflogene Verhandlung durch Erkenntniß des Cassationshofs vom 17. April l. J. theils als unstatthaft, theils als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

Gegen das Urtheil des Schwurgerichtshofs des Seekreises vom 20. März d. J. haben sieben der dadurch Verurtheilten das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde erhoben und die Beschwerden darein gesetzt, daß

1) fünf, der Begünstigung des in Frage liegenden Verbrechens, Angeklagte mehrere Tage vor dem Schluß der Schwurgerichtsverhandlungen nach Hause entlassen worden; daß

2) die Geschworenen eine Anzahl von Fragen, wie namentlich die Frage wegen der Diebsbande, ganz falsch beantwortet haben, indem die Angeklagten keine Diebsbande gebildet hätten, insbesondere auch Joseph König nicht Anstifter einer solchen gewesen, auch bei mehreren Diebstählen, wegen welcher er verurtheilt worden, gar nicht betheiligt gewesen sei; daß

3) das Gesetz auf den Wahrspruch der Geschworenen mit unrechter Strenge angewendet — eine zu harte Strafe ausgesprochen worden sei; endlich

4) daß einige der zur Schwurgerichtsverhandlung vorgeladene Zeugen anstatt bis zur Abhör in das Zeugenzimmer zu treten, wie es das Gesetz vor-

lange, im öffentlichen Gerichtssaale zurückgeblieben seien und der Verhandlung theilweise mitangewohnt hätten, worin eine Verletzung der gesetzlichen Vorschrift liege.

Mit Ausnahme der letzten Beschwerde, welche erst am 31. März angemeldet worden, wurden die Nichtigkeitsbeschwerden am 28. März, somit noch innerhalb der durch das Gesetz — §. 16 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 und §. 278. der St.Pr.O. — dafür festgesetzten Frist ausgeführet.

Von den erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden müssen nun aber zunächst schon die zweite und dritte Beschwerde für unstatthaft erkannt werden.

Nach §. 115 I. des Einf.Ges. ist das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde dem Angeklagten nur in den drei Fällen gestattet, daß das Urtheil nicht von dem zuständigen oder nicht auf gesetzliche Weise besetzten Gericht ausgegangen ist, — oder wenn bei der Schlußverhandlung, oder der Urtheilsfällung wesentliche Vorschriften des Verfahrens verletzt wurden, — oder wenn der erkennende Richter das Gesetz unrichtig ausgelegt oder unrichtig auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen angewendet hat.

Unter keinen dieser drei Fälle läßt sich nun aber die zweite Beschwerde bringen, welche nicht von der Thätigkeit des erkennenden Richters, sondern der Geschworenen hergeleitet ist, welche das Gesetz bezüglich auf ihr Urtheil nur auf die feste Ueberzeugung verweist.

Dieselbe Gesetzesstelle bestimmt ferner, daß die unrichtige Ausmessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Schranken keinen Nichtigkeitsgrund bilde, — und es zerfällt hiernach auch die dritte Beschwerde, welche keine Ueberschreitung der gesetzlichen Schranken, vielmehr nur eine „unrechte Strenge" bei der Anwendung des Gesetzes, somit nichts anderes als eine nach der Ansicht der Nichtigkeitskläger zu strenge Ausmessung der gesetzlich gedrohten Strafe in dem dem Richter gebotenen Strafrahmen geltend macht. Sollte übrigens diese Beschwerde auch im Sinne des §. 115. b) Ziff. 3 aufgefaßt werden wollen, so wurde in der heutigen Schlußverhandlung mit Nichts begründet, daß die gesetzlichen Schranken in Ausmessung der Strafen überschritten worden seien.

Die erste der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden erscheint — als gegen das Verfahren bei der Schlußverhandlung gerichtet — nach Ansicht der Ziff. 2 des §. 115 des Einf.Ges. zwar statthaft, dieselbe ist jedoch unbegründet.

Eine begründete Beschwerde den Nichtigkeitsklägern gegenüber — und nur um diese Frage kann es sich hier handeln — könnte in der Entlassung der der Begünstigung angeklagten Personen vor dem Schluß der Schwurgerichtsverhandlungen möglicherweise nur dann gefunden werden, wenn dieselbe willkürlich und zu einer Zeit stattgefunden hätte, in welcher die der Verübung der That selbst angeschuldigten Nichtigkeitskläger sich noch etwa zu ihrer Entlastung auf jene Personen hätten berufen können, worauf ihnen durch den Inhalt der Anklage ein Recht begründet war, dessen sie nun durch die fragliche Entlassung beraubt wären.

Allein diese Momente liegen hier nicht vor, denn nicht nur, daß die Entlassung der Mitangeklagten auf ihr eigenes Ansuchen unter Verzichtleistung auf jede weitere persönliche Vertheidigung, mit Zustimmung des Staatsanwalts und ohne Einsprache von Seiten der Nichtigkeitskläger, oder ihre Vertheidiger erfolgte, so fand dieselbe auch erst nach völlig vollendeter Verhandlung jener Verbrechen statt, in Bezug auf welche sie mit den Nichtigkeitsklägern allein in Berührung standen, somit in einem Zeitpunkte, in welchem jene gar kein Interesse an der ferneren Anwesenheit der Mitangeklagten hatten

Es liegt hier sonach keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, sondern eine vollkommen befugte Handlung vor, die überdieß noch einen rechtlichen Halt in der Rechtsähnlichkeit des §. 238 der St.Pr.O. findet, der in den dort gegebenen Fällen eine selbst von Amtswegen anzuordnende Entfernung des Angeklagten aus der Verhandlung und deren Fortsetzung gestattet.

Was endlich die vierte Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, so erscheint dieselbe als verspätet, da sie erst am 31. März, somit nach Umfluß der gesetzlich gestatteten Nothfrist von 8 Tagen, gegen das am 20. gleichen Monats verkündete schwurgerichtliche Urtheil geltend gemacht wurde, und ein Grund zur Wiederherstellung gegen den Ablauf der Nothfrist nach Ansicht des §. 283 Abs. 2 der St.Pr.O. nicht vorliegt, da keine Wiederherstellungsgründe geltend gemacht, vielmehr nur behauptet wurde, daß die Thatsache früher anzuführen vergessen worden sei.

Allein abgesehen hievon, so ist die erhobene Beschwerde auch nicht begründet.

Wenn zunächst von mehreren Zeugen gesprochen wird, welche, statt im Zeugenzimmer zu verbleiben, der Ver-

handlung angewohnt haben sollen, so ist diese Behauptung nicht nur thatsächlich nicht näher begründet, sondern steht auch mit den schwurgerichtlichen Protokollen im Widerspruche, da hiernach nur ein Fall vorgekommen ist, der zu dieser Beschwerde Veranlassung geben konnte.

Es hat übrigens — ausweislich des Protokolls vom 16. März d. J. — der Schwurgerichtspräsident alle Zeugen — entsprechend der Bestimmung des §. 231 der St.Pr.O. — in das für sie bestimmte Zimmer abtreten lassen und, als es sich bei Vorrufung des Zeugen Bachmann zeigte, daß er sich nicht in jenem Zimmer, sondern unter den Zuhörern im Gerichtssaale aufgehalten, auf Antrag des Staatsanwalts, der den Zeugen als Belastungszeugen in Vorschlag gebracht hatte, und ohne Einwendung von Seiten der Vertheidiger von der Einvernahme desselben Umgang genommen, somit nicht nur keine gesetzliche Vorschrift verletzt, sondern vielmehr durch das letztere Verfahren beseitigt, was möglicherweise einen Grund zur Beschwerde hätte abgeben können.

Es ist auch einleuchtend, daß den Nichtigkeitsklägern durch den Verzicht auf diesen Zeugen kein materieller Nachtheil, sondern vielmehr günstigerweise nur Vortheil zugehen konnte.

Da hiernach sämmtliche Nichtigkeitsbeschwerden theils unstatthaft, theils unbegründet sind, ꝛc.

D. R.

III.

Anwendbarkeit des L.R.S. 691 auch auf solche Wege, die von Jedermann in einer Gemeinde nach Belieben während rechtsverjährender Zeit benützt wurden. Zur Bestimmung des Begriffs eines öffentlichen Wegs.

Johann G. Häfner und Johann J. Becker von Oberschefflenz hatten eine größere Waldfläche auf der Gemarkung Kleineicholzheim erworben. Die Gemeinde Kleineicholzheim beanspruchte einen Fahrweg und Schaftrieb über diesen Walddistrikt, welcher aber derselben von den neuen Erwerbern streitig gemacht wurde.

Die Waldeigenthümer erhoben eine Negatorienklage gegen die Gemeinde. Im Laufe des Beweisverfahrens ergab sich, daß eine vom eigentlichen Wald durch einen Graben abgegrenzte Fahrbahn vorhanden war und diese wenigstens in den letzten 30 Jahren nach Belieben Jedermann in der Gemeinde als Fahrweg ungestört benützt hatte. Der Unterrichter, der Ansicht folgend, daß hier ein öffentlicher Weg und keine gewöhnliche Weggerechtigkeit in Frage stehe, daher auch dessen Ersitzung nicht der Bestimmung des L.R.S. 691, sondern vielmehr der allgemeinen 30jährigen Verjährung unterliege (Annalen XI. Beiblatt S. 3), wies die Kläger ab.

Diese ergriffen die Berufung und erwirkten auch ein obsiegendes Urtheil in zweiter Instanz.

In den Gründen zu diesem Erkenntniß des dritten Senates des unterrheinischen Hofgerichts vom 5. Dezbr. 1857 wird sich über die von der Gemeinde behauptete Ersitzung des fraglichen Wegs dahin ausgesprochen:

Der Beweis, daß die beklagte Gemeinde den in Frage stehenden Weg schon 30 Jahre lang vor Einführung des Landrechts offen und ungestört benützt habe, und somit in diesem Zeitpunkte die erwerbende Ersitzung dieses Wegrechts bereits vollendet war, konnte von ihr ebensowenig als der Beweis der unvordenklichen Ersitzung erbracht werden, da keiner der angerufenen Zeugen ein solches Alter erreicht hat, daß seine eigenen Wahrnehmungen und Erinnerungen bis auf 30 Jahre, vom Jahre 1810 rückwärts gerechnet, reichen können. Es geht zwar aus den Zeugenaussagen hervor, daß die beklagte Gemeinde 30 Jahre und länger unter der Herrschaft des alten und neuen Rechts zusammengerechnet im ungestörten Besitze sich befunden hat, allein sie nimmt das Recht der Benützung der fraglichen Waldstrecke als ein ihr zustehendes Dienstbarkeitsrecht über fremden Boden zu gehen und zu fahren, und nicht als Ausfluß eines von ihr durch Ersitzung erworbenen Eigenthums an jener Waldstrecke in Anspruch, und die von ihr behauptete Berechtigung kann daher nur als ein Wegrecht angesehen werden. Da aber eine solche unständige Dienstbarkeit nicht durch Ersitzung erworben werden kann — L.R.S. 688. 691 — das Gesetz daher hinsichtlich ihrer dem Besitze eine erwerbende Kraft nicht beilegt, so kann die in die Herrschaft des neuen Gesetzes fallende Besitzzeit hier nicht in Betracht kommen.

Daß der fragliche Weg nicht als eine solche Dienstbarkeit, sondern als ein öffentlicher Weg anzusehen sei, wird nicht etwa darauf gegründet, daß er als solcher von der zuständigen Behörde constituirt, oder daß von

der beklagten Gemeinde das Eigenthum an Grund und Boden dieses Wegs durch Ersitzung erworben worden sei; es ist vielmehr das Eigenthumsrecht der Kläger unbestritten und will die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs nur darin gefunden werden, daß er als Verbindungsweg der Orte Kleineicholzheim, Rittersbach und Heidersbach von Jedermann benutzt worden sei. Allein es kann ein öffentlicher Weg hierdurch nicht begründet werden, da das Privateigenthum durch Handlungen der Gesammtheit der Einwohner jener Orte ebensowenig als durch Handlungen des Einzelnen belastet werden kann, und es läßt sich deßhalb die Anwendbarkeit des L.R.S. 691 auf den vorliegenden Weg nicht bezweifeln.

Wilckens.

IV.

Ueber den Erschwerungsgrund des St.G.B. §. 385 No. 6.

Die Wittwe eines Buchbinders hält an Markttagen auf dem Münsterplatze zu Freiburg ihre Buchbinderwaaren feil und bedient sich dazu eines Standes, welcher leicht zerlegt werden kann.

Am Ostermontage, den 5. April d. J., schlug deren Tochter, nach beendigtem Markte, den Stand ab und stellte die dazu gehörigen zwei Bretter, wie gewöhnlich, in eine Ecke des Münsters, wo sie nachher durch den schon zweimal wegen Diebstahls bestraften J. Klotz entwendet worden sind.

Auf den Grund der hierüber geführten Untersuchung wurde Inculpat dieser Entwendung im Betrage von 36 kr. und damit des dritten, unter dem erschwerenden Umstande des St.G.B. §. 385 No. 6 verübten Diebstahls für schuldig erklärt, daher zu einer Arbeitshausstrafe von neun Monaten verurtheilt, wogegen derselbe nur deßhalb recurrirte, weil ein Erschwerungsgrund angenommen worden sei, welcher nicht vorliege, da die Krämer und Budeninhaber, welche auf dem Münsterplatze ihre Waaren feilbieten, die polizeiliche Erlaubniß nicht hätten, die Bretter ihrer abgeschlagenen Stände von einem Markttage zum andern in den Ecken des Münsters stehen zu lassen.

Unter Bezug auf §. 384 Abs. 1 vergl. mit §. 35 des St.G.B. bat Recurrent, die Strafe auf das niederste Maaß von 6 Monaten herabzusetzen.

Diesem Begehren gemäß wurde das hofgerichtliche Urtheil am 22. Mai d. J. in der Recursinstanz abgeändert und zwar aus folgenden

Gründen.

Die nur gegen die Strafdauer gerichtete Beschwerde des Recurrenten ist begründet, da der Umstand, daß die Bestohlene die Bretter ihres abgeschlagenen Krämerstandes von einem Markttage zum andern in eine Ecke des Münsters zu stellen pflegt, den Erschwerungsgrund des §. 385 No. 6 nicht darstellen kann.

Wenn es nämlich die Bestohlene für gut findet, die Bretter nach beendigtem Markte ins Freie zu stellen, statt dieselben in sichere Verwahrung zu bringen, so setzt sie zwar solche der Gefahr aus, leichter entwendet zu werden, jedoch ohne daß im Falle der wirklichen Entwendung die für die Erschwerungsgründe des §. 385 gedrohte Straferhöhung einzutreten hätte.

Da nun für den dritten gemeinen Diebstahl, dessen sich Recurrent schuldig gemacht, bei der Geringfügigkeit des Entwendeten nur das nach §. 384 No. 1 vergl. mit §. 35 des Str.G.B. geringste Maaß von 6 Monaten zu erkennen sein würde, so läßt sich unterstellen, daß die weiteren 3 Monate, wegen welcher sich Recurrent beschwert, für den vermeintlichen Erschwerungsgrund des §. 385 No. 6 zugesetzt worden sind.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

Berichtigung.

In No. 17 S. 132 Sp. 1 Z. 21 von oben ist „eingeflochten" statt „angefochten" zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 21.

I.

Bemerkungen zu den Gründen der Meinung des Oberhofgerichts, welche der auf dem letzten Landtage gestellten Motion in Betreff der freiwilligen Gerichtsbarkeit beigegeben sind.

Es wäre ein vergebliches Bemühen, den Begriff zu bestimmen, welchen das Org.Ed. von 1809 in Beil. C. §. 20 mit willkürlicher Gerichtsbarkeit verknüpft, denn man käme damit nie zum Ziele. Dem Gesetzgeber selbst lag ein klarer deutlicher Begriff nicht vor, weil er weder selbst eine Definition gibt, noch die hierher gezählten Fälle solche specifische Merkmale aufweisen, daß daraus irgend Etwas abgegränzt werden könnte. Die gemeinschaftlichen Merkmale aller einzelnen Fälle würden nicht nur die gesammte Rechtspolizei, sondern sogar die gesammte Polizei der willkürlichen Gerichtsbarkeit zuweisen. Es ist also hier von einem Complexe und nicht von einem Begriffe die Rede, und ebendeßhalb kann nicht ein Begriff, sondern es können nur die einzelnen Fälle der Aufzählung entscheiden.

Nicht viel weiter käme man mit dem §. 27 dieses Edicts, welcher sagt, daß Alles was nicht zu streitigen oder Criminal- und Ehesachen gehöre, nicht vor die Gerichte sich eigne. Da auch die Sachen der willkürlichen Gerichtsbarkeit Rechtssachen sind und streitig werden können, so ließe sich daraus nur die Behauptung begründen, daß die Sachen des §. 20 im Zustande der Ruhe vor die Administrativbehörde gehören. Das wäre dann der Zustand wie zur Zeit der Reichsgerichte. — Die Bestimmung des I. Org.Ed. von 1803 VI., scheint hiernach den Vorzug zu verdienen.

Indessen, da der vorliegende Streit sich nur, oder doch in seiner Hauptrichtung nur, auf den Zustand der Ruhe bezieht, so könnte man allenfalls behaupten, daß, ständen wir noch auf dem Standpunkte des Datums jenes Edicts — 26. November 1809 — damit aller Streit entschieden, d. h. daß die Gerichte in allen fraglichen Sachen (der Motion) unzuständig wären.

Allein nachdem das II. Einf.Ed. in die Mitte getreten ist, verhält sich die Sache umgekehrt. Dieses II. Einf.Ed. hat nämlich in dem §. 1 das Landrecht unter den hier nachfolgenden Bestimmungen als allgemein verbindliches Civilgesetzbuch erklärt. Der Wortlaut ergibt nicht eine bloße Zeitveränderung, sondern, ebenso wie der §. 1 des I. Einf.Ed., die Reception, die vollständige, selbst. Wie ganz anders der Gesetzgeber sich ausdrückt, und sich auszudrücken hätte, wenn er blos die Zeit verändern wollte, zeigt der vorletzte Satz des §. 2 des II.Einf.Ed. und die Verordnung vom 22. Juni 1809 (Reg.Bl. S. 245), ja, nach diesem vorletzten Satze des §. 2 wäre der ganze §. 1 überflüssig gewesen, wenn er nur eine Zeitbestimmung beabsichtigt haben würde. Wenn man aber ein Gesetz interpretiren will, muß man Alles, was im Gesetze steht, betrachten und darf man nichts als überflüssig bei Seite schieben, so lange nicht klar nachgewiesen ist, daß es etwas überflüssiges sei. Der Gesetzgeber ist also am 22. Dezember 1809 noch einmal auf seinen früheren Willen zurückgekommen, und deßhalb geht das Landrecht als das spätere Gesetz dem Org.Ed. vor.

Das ergibt der klare Buchstabe des Gesetzes und das klare Datum, und diese beiden festen Punkte können nicht hinwegräsonnirt werden. Will man darüber räsonniren, so wird aber auch dadurch dieses Ergebniß nur noch fester gestellt.

Das Org.Ed. ist eben nichts weiter als ein nach den allgemeinsten Prinzipien die Zuständigkeit der Behörden ordnendes Gesetz. Man kann ein Prinzip als solches

wohl begründet finden, und es also auch als solches wohl auszusprechen, ohne sich auch in jenen selteneren Fällen, in welchen dessen Consequenz unzweckmäßig wäre, strenge durchführen zu wollen. Ein jedes Rechtsgebiet weist derartige Fälle in Menge auf; in jedem herrscht in der Regel ein Prinzip der Attribution, neben welchem aber Ausnahmen bestehen. Im Gebiete des Strafrechts z. B. ist das richterliche Amt nicht rein mit richterlichen Functionen betraut, sondern es kommen ihm auch polizeiliche zu (§. 100 St.Pr.O., Fahndung, Maaßregeln gegen Flüchtige rc.), im Civilrecht haben z. B. die Gerichte das Aufforderungsverfahren, Bestätigungen von Gantvergleichen, die Maßregel des §. 792. 121. 766. 723. 754. 158. 207. 260 rc. Pr.O. — im Eherecht sind die Verhandlungen der Scheidung auf wechselseitige Einwilligung, die doch nur eine rechtspolizeiliche Thätigkeit des Gerichts erfordern, den Gerichten zugewiesen. Umgekehrt sind auch den Verwaltungsbehörden in vielen Fällen rein richterliche Functionen zugewiesen.

Von diesem Gesichtspunkte aus muß also auch das Org.Ed. betrachtet werden. Es könnte wohl ganz zweckgemäß die Regel aufstellen, es wäre aber sehr ungeeignet gewesen, wenn man damit beabsichtigt hätte, sie auch in aller und jeder Beziehung im Einzelnen zur Geltung zu bringen. Der §. 27 Org.Ed. ist eine ganz passende allgemeine Bestimmung, wer wollte aber damit den §. 8 der Beil. Lit. D. Org Ed. hinwegdemonstriren? — hatte man am 26. November 1809 schon daran gedacht, das L.R. mit dem II. Einf.Ed. — also auch mit dem §. 1 dieses Gesetzes — einzuführen, und das wird wohl angenommen werden müssen, wegen der Nähe der Zeit, und weil man ein solches Gesetz, wie das II. Einf.Ed., nicht aus dem Aermel schüttelt — so verschwindet auch der schwache Schein von Autorität, welche das Org.Ed. der Meinung der „Gründe" leihen könnte — hatte man aber auch nicht daran gedacht, dann mußte der Gesetzgeber theils in dem Umstande, daß das Org.Ed. noch von Einkindschaften spricht, theils darin, daß es in dem §. 20 nur diejenigen Fälle der von ihm so genannten willkürlichen Gerichtsbarkeit berücksichtigt, welche dem bisherigen Rechte schon bekannt waren, die Fälle des neuen Rechts aber ganz und gar außer Augen läßt, sich veranlaßt sehen, um Verwirrung zu vermeiden, seine Bestimmungen nachträglich so zu treffen, daß die Sicherheit des Rechtszustandes nicht gefährdet werde. Zu diesem Zwecke gab es kein einfacheres und zuverlässigeres Mittel als den §. 1 des II. Einf.Ed., so wie er dasteht, aufzustellen. Er macht tabulam rasam, und das war vor Allem nöthig, um Rechtssicherheit zu erzielen. Das kann nicht genug gelobt werden; eine neue Gesetzgebung muß vor Allem ihr Verhältniß der früheren gegenüber scharf bestimmen und das ist hier recht glücklich geschehen. Der Scheinvorwurf einer Wiederholung der schon ausgesprochenen Einführung konnte von dieser Methode keinen Verständigen abwendig machen.

Auch der Einwurf, daß — hingesehen auf das Org.-Ed. — hier ein auffallender Wankelmuth des Gesetzgebers angenommen werden müsse, um sein Verfahren zu erklären, ist wohl nicht zu besorgen, einmal, weil davon überhaupt nicht die Rede sein kann, wenn der Gesetzgeber diejenigen Fälle des L.R., welche zur willkürlichen Gerichtsbarkeit nach der Rechtsähnlichkeit gezählt werden könnten, im Org.Ed. ganz außer Acht gelassen hat, oder dort, wie anzunehmen ist, nur die allgemeine Regel vorbehaltlich besonderer Beschränkungen aufstellen wollte, oder wenn er, weil er in diesen großen Organisations- und Gesetzgebungsfragen und in ihrem wechselseitigen Ineinandergreifen doch unmöglich Alles bis aufs Aeußerste überschauen konnte, spätere ergänzende oder correctorische Bestimmungen erließ, dann aber ist der Einwurf auch deßhalb nicht zu besorgen, weil er zurückgegeben werden könnte, denn das Org.Ed. wäre in Betracht des I. Einf.Ed ebensowohl ein Beweis von Wankelmuth. Wer wollte dem Gesetzgeber in einer solchen Periode der Production z. B den Vorwurf des Wankelmuths daraus machen, daß er die Bestimmung des §. 20 lit. g. der Beil. C. des Org Ed. vier Wochen später im §. 20 des II. Einf Ed. wieder aufgehoben hat?

Eine kritische Untersuchung des II. Einf Ed. führt uns also zu dem nemlichen Ziele, zu welchem uns der Buchstabe des §. und das Datum auch führen. Dieser §. 1 derogirt also dem ältern §. 27 und 20 des Org.Ed. und er läßt sich ebensowenig wegräsonniren als — wie die Gründe thun — geradezu ignoriren.

Der Vorwurf der „Gründe," daß die gegentheilige Meinung annehme, daß das II. Einf.Ed. das Org.Ed. durch Stillschweigen beseitige, ist also nicht gegründet, sie weißt vielmehr nach, daß das Org.Ed aufs Ausdrücklichste dort beschränkt ist, wo es mit dem L.R. collidirt.

Indessen, wenn dieses Schweigen als solches hier nichts beweisen könnte, so wird es doch in Verbindung mit ei-

nem andern Punkte ein sehr gewichtiges Moment der Entscheidung.

Im Eingange des II. Einf.Ed. ist nämlich gesagt, daß man, aus finanziellen Gründen, verschiedene organische Einrichtungen, auf welche der C. N. berechnet sei, nicht annehmen könne, daß aber der C. N. auch ohne diese Einrichtungen für Alles was die bürgerlichen Rechtsverhältnisse betrifft, unverweilt eingeführt werden könne, und solle, daß das, was veränderte Staatseinrichtungen voraussetzt, in suspenso zu lassen sei, und daß „demnach" verordnet werde, wie folgt: §. 1 ꝛc.

Daraus folgt nun denn doch vernünftigerweise, daß überall, wo dieses Motiv nicht anschlägt, und in den folgenden Bestimmungen auch nichts verfügt wird, der C. N. vom Gesetzgeber aufrecht erhalten werden wollte. Wäre etwas zweifelhaft, so mußte dieser Grund, dieses Schweigen zu Gunsten der Praxis entscheiden.

In der That stimmt auch mit diesem Motive das ganze Edict so sehr überein, daß es mit Ausnahme der drei Worte des §. 24, des §. 25 und der Abschaffung der richterlichen Unterpfänder, überhaupt nur mit organischen und prozessualischen Bestimmungen sich befaßt, und nur in jenen Punkten, in welchen der C. N. den Staatsanwalt, den Pfand-, den Staatsschreiber und den bürgerlichen Beamten voraussetzt, also gerade in den schon im §. III. des I. Einf.Ed. bezeichneten fremdländischen Einrichtungen, keineswegs aber auch in der jedländischen Einrichtung des Richteramtes verfügt. Von diesem aber allein ist die Rede in denjenigen Fällen, welche hier zur Sprache kommen, mit Ausnahme der L.R.S. 2046a 1983i. 770. 773 und 812. Der Hauptfall des L.R.S. 219, welcher die Controverse hervorgerufen hat, weiß nichts von Theilnahme des Staatsanwalts. Die angeführten des L.R.S. gaben wegen mangelnden Interesses des Staates keine Veranlassung zu einer Aenderung; hier hat es also lediglich bei dem §. 4 II. Einf. Ed. sein Bewenden. Bei allen andern Punkten sind die fremdländischen Beamten betheiligt. Des Kronanwalts Betheiligung allein rechtfertigt schon beinahe Alles, denn er ist — um von der Ehe zu schweigen — bei Abwesenheit (114. 116. 118. 126), Anwünschung (354. 355), elterlicher Gewalt (377, vrgl. mit 376 u. 382), Vormundschaft (458. 467), Entmündigung (496. 511. 515), Mundtodtmachung (514. 515), bei gesetzlichen Unterpfändern (2138. 2145. 2194) und bei bürgerlichen Standessachen (49. 52. 99), betheiligt.

Die Einzelbestimmungen des II. Einf.Ed. sind sonach ganz klar motivirt und sehr consequent durchgeführt. Nach Motiv konnte der Gesetzgeber daher auch zu keinen andern Aenderungen des C. N. kommen, man kann sie also auch nicht herein interpretiren. Das Schweigen ist also auch ein sehr beredter Beweis gegen die Meinung der „Gründe."

Ebenso ungegründet ist die Behauptung der Gründe, daß das Org.Ed. im §. 2 d. II. Einf.Ed. ausdrücklich für bindend erklärt worden sei. Was der §. 2 sagt, ist weiter nichts als ein Satz, der, auch ohne daß er ausgesprochen worden wäre, sich von selbst versteht, der Satz nämlich, daß das jüngere Gesetz vorgehe. Damit wäre allerdings dieser Punkt abgethan, allein gerade in der Anschauung des §. 2 liegt die Ursache der ganzen irrthümlichen Behauptung der Gründe, und es ist deßhalb am Platze, noch etwas hier zu verweilen.

Offenbar nämlich haben die Gründe hier das Landrecht mit dem I. Einf.Ed. verwechselt; von dem Landrecht aber spricht der §. 2 gar nicht, ja er hält beides recht augenfällig auseinander, wie sich daraus ergibt, daß er sowohl im §. 1 als im §. 2 sich auf die nachfolgenden Bestimmungen bezieht, und ferner daraus, daß im §. 1 der Modificationen das Org.Ed. nicht, wohl aber im §. 2 derselben erwähnt ist.

Wenn gegenüber dem I. Einf.Ed. die Modificationen des Org.Ed. aufrecht erhalten sind, so kann dies bei dem Dasein des §. 1 und der schon hervorgehobenen Scheidung des L.R. vom I. Einf.Ed. nur auf die No. III. und etwa IX. (2) des I. Einf.Ed., keineswegs aber auf das L.R. selbst bezogen werden. Es möchte auch schwer sein, irgend eine Abweichung des Org.Ed. vom L.R. darzuthun, welche nicht in den folgenden Paragraphen des II. Einf.Ed. wiederholt wäre; eine solche Bestimmung hatte also wohl keinen Sinn gehabt. Der §. 20 des Org.Ed. gibt keinen Begriff der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sondern nur einen Complex von Geschäften der verschiedensten Natur, die also nur als einzelne Bestimmungen gelten können, die Aufzählung ist im II. Einf.Ed. nicht nur reproducirt, sondern auch vermehrt, und der §. 27 kann — wie schon oben nachgewiesen — nicht so gemeint sein, daß er mehr als eine allgemeine Regel, mit Vorbehalt einzelner Ausnahmen, aufstellen könnte.

Hiernach also wird man schon genöthigt sein, die vorliegende Frage gegen das Oberhofgericht zu entscheiden.

Es treten nun aber noch zwei Momente zu diesen Gründen, welche gar keinen Zweifel mehr bestehen lassen, und bewirken müssen, daß diese Frage unmöglich als eine streitige kann angesehen werden.

Diese Momente sind die bestehende Praxis und das Sportelgesetz vom Jahre 1856 §. 25.

Daß die Praxis die Sache so ansehe, wie die Entscheidung des grßh. Staatsministerium, ist überall anerkannt.

cf. auch Annalen 1858 No 1.

Aber es läßt sich auch aus verschiedenen Verordnungen nachweisen, daß die Gesetzgebung und die Regierung jeweils dasselbe gethan hat, so z. B. Reg.Bl. 1825 S. 129 und Reg Bl. 1856 S. 184 §. 25 bezüglich der L.R.S. 1007 und 1008. Es liegt also hier ein Herkommen vor, welches entscheidend ist. Den L.R.S. 6 lit. d wird man nicht entgegenhalten wollen, denn darauf wäre zu repliziren, daß er überhaupt nicht für Fragen publici juris (I. Einf.Ed. §. XVII.) und nur bezüglich der Handlungen der Staatsbürger — nicht der Behörden — gegeben ist, wenn sein Zusatz L.R.S. 6 lit. f hierüber noch einen Zweifel ließe, ferner, daß das Herkommen von jeher im Staatsrechte eine Rechtsquelle war und geblieben ist, und endlich, daß das Org.Ed. von 1809 an einer Stelle Beil. Lit. D §. 6 selbst auf diese Rechtsquelle verweist. Das Fundament dieser Art von Herkommen ist die stillschweigende Billigung des Regenten und des Gesetzgebers, und die Thatsache, daß der stillschweigende Wille dem ausgesprochenen überall gleichgestellt wird, wo nicht ausdrücklich das (an sich unnatürliche) Gegentheil verordnet ist.

Nach diesem Herkommen nun nehmen die Gerichte die in Frage stehende rechtspolizeiliche Acte vor, und auf der andern Seite verweigern die Administrativbehörden ihre Theilnahme — es bleibt also den Betheiligten gar nichts Anderes übrig als sich zu fügen, und ein Gericht hätte sehr unrecht, wenn es diesen historischen Verhältnissen seine Augen verschließen und auf eine Ideologie sie entscheiden wollte.

Der weitere Grund liegt im Sportelgesetze. Zunächst ist auch dieses Gesetz eine Bestätigung der Praxis, dann aber auch eine sogar ausdrücklich ausgesprochene Billigung dieser Praxis durch den Regenten und den Gesetzgeber. Es sind hier mehrere Acte der willkürlichen Gerichtsbarkeit ausdrücklich als Acte des Gerichts bezeichnet, welche die gegentheilige Ansicht ohne Weiteres ihnen abspricht; diese Ansicht steht also auch in dieser Beziehung mit dem Gesetze im Widerspruch. Was aber von den hier besonders aufgezählten gilt, muß auch, soweit die gleichen Gründe stattfinden, von den übrigen gelten.

Man macht der hier vertheidigten Theorie den Vorwurf, daß, wenn sie richtig wäre, auch die Theilungen der Minderjährigen vom Gerichte vorgenommen werden müßten, daß also, da dies nicht der Fall sei, sie unrichtig sei.

cf. Annalen a. a. O.

Zunächst beruht dieses Argument auf einem logischen Fehler; allein davon ganz abgesehen, liegt zweierlei vor, was die Praxis durchaus rechtfertigt. Einmal würde der Beamte auch in seiner Eigenschaft als Richter eine solche Theilung dem Amtsrevisorate mit Recht übertragen, dazu ist er befugt durch das Landrecht selbst, durch den §. 4 der Beil. E des Org.Ed. (per analogiam) und durch den §. 33 der a. Beil. C des Org.Ed. Wenn nun auch das II. Einf.Ed. §. 1 und beziehungsweise L.R.S. 837 die den Amtsrevisoren im Org.Ed. unbedingt zugewiesenen Theilungen in den Fällen die Betheiligung von Minderjährigen den Gerichten wieder zugewiesen hat, so haben die Gerichte doch die Befugniß, die Amtsrevisorate damit zu beauftragen; man nahm daher ursprünglich an, daß, weil dieß immer geschehen würde, ein besonderer Auftrag nicht mehr abzuwarten sei.

Hieraus und aus dem hierarchischen Verhältniß hat sich nun auch hier wieder die bestehende Praxis gebildet, von der in diesem speciellen Falle gelten muß, was von ihrem Verhältnisse zu allen übrigen Fällen des Organisationsrechts gesagt ist, d. h. die Amtsrevisorate, haben solche Fälle kraft eigener Zuständigkeit zu behandeln. Es wäre ursprünglich ein Absurdum gewesen, hier nur erst noch einen Auftrag zu erwirken, der gar nicht anders ausfallen kann als wie er voraus angenommen wurde. Hiezu kömmt aber noch, daß die Amtsrevisorate ausdrücklich mit der Vorsorge für die Minderjährigen betraut sind (Org.Ed. §. 39, II. Einf.Ed. §. 15. 18. 21. 22), also eine ganz andere Stellung als der französische Notar in diesen Fällen, und ganz und gar dieselbe Obliegenheit haben, welche der Richter auch haben könnte und nach französischem Rechte hat. Nachdem aber dem badischen Richter die Vorsorge für Minderjährige entzogen ist, läge in der Zuweisung der Theilungen dieser Art an den Richter der Widerspruch, daß sie derjenigen Behörde, welche für den Minderjährigen zu sorgen hat,

entzogen und einer Behörde überwiesen wären, die für ihn nichts thun kann; es wäre also damit gerade das, was den Gesetzgeber bestimmte, seine Verfügung zu treffen, aufgehoben.

Will man auch daran noch zweifeln und mäkeln, so bleibt jedenfalls doch hier eine dem Gesetzgeber und Regenten bekannte, also von ihm mindestens stillschweigend, ja sogar ausdrücklich gebilligte Praxis übrig (s. Reg.Bl. 1833 S. 77 und 1836 S. 159. 60), welche im Stande ist, den entschiedensten älteren Gesetzesausspruch zu beseitigen.

Darnach verweigern hier die Gerichte ihre Theilnahme und die Administrativbehörde — Amtsrevisorat ꝛc. gewährt sie; dem Betheiligten bleibt keine andere Wahl als sich zu fügen.

Das Argument der „Gründe" aus dem §. 1 d. P.O. und dem Mangel der Vorschrift eines Verfahrens für die Behandlung derartiger Sachen durch die Gerichte, ist äußerst schwach.

Der §. 1 Pr.O. sagt kein Wort davon, daß nur die bürgerlichen Rechtsstreite vor die Gerichte gehören, sondern nur, daß keine andere Behörde über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden habe, als das Gericht.

Der Mangel der Vorschrift eines Verfahrens aber kann die Gerichte sowenig ermächtigen, eine sonst vor sie gehörige Sache abzulehnen, als er die Administrativbehörden ermächtigen würde, dies zu thun, wenn sie zuständig wären. Dieser Punkt entscheidet also die Frage der Zuständigkeit nicht im Mindesten. Wenn der Richter durch eine Vorschrift des Verfahrens nicht gebunden ist, so ist er eben frei, wie er, weil keine Vorschrift ins infinitem ausgesponnen sein kann, auch bei der Vorschrift noch theilweise frei ist. Er hat eben die Sache nach dem Gesetze der Vernunft — der Zweckmäßigkeit — zu erledigen.

Man wird hiernach, ganz in dem Maße, wie die Praxis, die Zuständigkeit der Gerichte in allen Fällen anzuerkennen haben, welche das LR. an den Richter verweist, so weit sie ihm nicht durch das II Einf.Ed. oder später wieder entzogen worden ist. Die Gefahr, von der die Motion ausgeht, ist also nicht vorhanden. Der oberste Gerichtshof wird sicher seine früher ausgesprochene einzelnstehende Meinung nicht mehr festhalten.

Es gibt manche Fragen, die controvers sind; diese aber kann es nicht sein; wäre und bliebe sie es, dann müßte man überhaupt darauf verzichten, etwas gesetzlich regeln zu wollen.

Da die Aufzählung derjenigen rechtspolizeilichen Acte, welche im L.R. vorkommen, in dem Berichte der II. Kammer nicht ganz vollständig ist, so soll in dieser Beziehung hier eine Ergänzung versucht werden, jedoch mit dem gleichen Vorbehalte, welchen bei dieser Gelegenheit jener Bericht macht.

Die bezüglichen L.R Stellen sind:

1381a 2091a. 1558. 1005. 1449. 1264 1262. 1007 1008 811. 784. 268. 788 2103. (4) 467. 2194. 793 792. 796. 784. 842. 1457. 2046a 2145. 275—294. 781. 217. 1000. 770. 772. 1463. 1443. 798. 1268. 2174. 1983a. 1457. 2174. 267. 268 1458. 1769a. 1961 (3). — A S. 10. 208. 225. 267. 217. —

II.

Kann derjenige, welcher durch Verjährung das Recht erworben hat, Aussichtsfenster nach dem Grundstück seines Nachbaren zu haben, dem Letztern verbieten, diese Fenster zu verbauen und auf seinem Grund und Boden in einer geringeren als der durch L.R.S. 678 und 679 vorgeschriebenen Entfernung einen Bau zu errichten?

Laukhard, Rechtsfälle II. S. 332 ff., IV. S. 3 ff., V. S. 107 ff.

Annalen V. S. 37, VI. S. 166, VII. S. 61, IX. S. 349 Beiblatt S. 10.

Diese Frage ist sehr bestritten. Von Merlin, Pardessus, Toullier und Zachariä (§. 244 Note 12) wird sie verneint, dagegen von Duranton, Solon und Marcade II. p. 602 bejaht. Die Mehrheit der französischen Gerichtshöfe, insbesondere auch der Kassationshof huldiget der bejahenden Ansicht, welche vom Hofgericht des Seekreises in folgendem Falle adoptirt wurde.

In Sachen des Martin Gebhard von Leimbach gegen Blasius Geng, Dienstbarkeit betreffend, wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 9. April d. J. der amtsgerichtliche Bescheid, besagend: „die Klage findet

nicht statt" dahin abgeändert: der Beklagte sei schuldig, mit seinem Neubau von der Giebelseite des klägerischen Hauses 6 Fuß entfernt zu bleiben bei Vermeidung einer Geldstrafe für den Fall der Uebertretung dieses Verbots.

Gründe.

Es ist unbestritten, daß bei dem im Jahre 1823 erfolgten Neubau des kläger'schen Hauses in der Giebelseite desselben nach dem Grundstücke des Beklagten hin drei zur Aussicht dienende Fenster angebracht wurden, und daß dieser Zustand seither ohne Störung von Seite des Beklagten fortdauerte, obgleich die fragliche Giebelseite des klägerischen Hauses nicht 6 Fuß von dem Grundstücke des Beklagten entfernt ist; es hat sich ferner die im Laufe der Appellationsverhandlungen aufgestellte Behauptung, daß der vor den besagten Fenstern gelegene Platz früher und bis zum Jahre 1838 mit einem Spritzenhause überbaut und daß dadurch eine Aussicht aus den Fenstern gehindert gewesen sei, als unrichtig herausgestellt, indem nach der später übereinstimmenden Darstellung beider Theile dieses Spritzenhaus nicht vor-, sondern seitwärts von der Giebelseite des kläger'schen Hauses stund.

Hiernach hängt die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites einzig und allein von der Entscheidung der Rechtsfrage ab:

ob der während 30 Jahren geduldete Besitz von Aussichtsfenstern in einer weniger als 6 Fuß von des Nachbars Grundstück entfernten Mauer, sofern die Fenster unter der Herrschaft des neuen Landrechtes angebracht wurden, nur die Folge habe, daß das betreffende Gebäude von der nach L.R.S. 678 zum Vortheil des benachbarten Grundstückes darauf haftenden gesetzlichen Dienstbarkeit befreit und eine Klage auf Beseitigung der Aussichtsfenster verjährt sei;

oder aber:

ob durch einen Besitzstand, wie er oben erwähnt ist, zugleich für das Haus das Recht auf Aussicht erworben und das benachbarte Grundstück mit der entsprechenden Dienstbarkeit belastet worden sei, daß es nur mit Beobachtung der in L.R.S. 678 beschriebenen Entfernung überbaut werden darf.

Der Gerichtshof huldigt der letzteren Ansicht aus folgenden Gründen:

Das Landrecht hat allerdings in dem Kapitel, welches von den Dienstbarkeiten aus dem Gesetze handelt, das Verbot der Aussicht auf Nachbarsgut als eine gesetzliche Dienstbarkeit bezeichnet, durch welche Gebäude zum Vortheile der benachbarten Grundstücke belastet sind; allein auf der anderen Seite hat es in dem Kapitel über die Dienstbarkeiten, welche durch Handlungen der Menschen erworben werden, auch die Aussichtsgerechtigkeit als eine Dienstbarkeit aufgeführt, durch welche zum Vortheile eines Gebäudes die benachbarten Grundstücke belastet werden können, bezüglich welcher also das Gebäude das herrschende und das Grundstück das dienende Gut ist; diese letzterwähnte Dienstbarkeit ist ausdrücklich als eine selbstständige und zugleich offene bezeichnet (L.R.S. 688. 689), und sie kann daher durch 30jährigen Besitz erworben werden (L.R.S. 690); es ist ferner die Anbringung von Fenstern als die äußere Anlage bezeichnet, durch welche sich die Anmaßung und Ausübung einer Aussichtsgerechtigkeit ankündigt, und weil dem Besitzer des Nachbargutes sofort, wenn in gesetzlich unstatthafter Nähe Aussichtsfenster, d. h. solche Fenster, welche nicht blos den Zweck haben, sich Licht zu verschaffen, und welche den beschränkenden Vorschriften der L.R.S. 676. 677 nicht entsprechen, angebracht werden, ein Klagrecht auf deren Beseitigung zusteht, so beginnt der 30jährige Zeitraum, durch dessen Ablauf der ohne Widerspruch, Klage oder Störung geduldete Besitzstand in den Rechtsstand übergeht und das Recht auf Aussicht erworben wird, von dem Zeitpunkte an zu laufen, da die Aussichtsfenster angebracht wurden. Ist aber auf solche Weise zum Vortheile eines Gebäudes die Aussichtsgerechtigkeit erworben worden, so darf nach L.R.S. 701 der Eigenthümer des belasteten Grundstückes nichts mehr unternehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit schmälern würde, also namentlich die Aussicht nicht verbauen, wobei nach analoger Anwendung des L.R.S. 680a der Kläger jedenfalls nicht zu viel verlangt, wenn er begehrt, daß der Beklagte bei der beabsichtigten Ueberbauung seines Grundstückes die im L.R.S. 678 beschriebene Entfernung beobachte.

Aus diesen Gründen wurde, wie oben geschehen, erkannt.

Hgr.

III.

Kaufvertrag.

1) **Wer die Schuld der Nichterfüllung eines Vertrags trägt, der ist nicht berechtigt, dessen Auflösung nebst Entschädigung zu begehren.**

2) **Wenn der Verkäufer seine Verbindlichkeit nicht vollständig erfüllt, so darf der Käufer einsweilen einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises zurückbehalten.**

3) **Dagegen kann der Verkäufer die Vertragsauflösung begehren, wenn der Käufer die Erfüllung verweigert, ohne um Aufschub des Vollzugs zu bitten.**

Grafmüller gegen Harter.

Beide Theile hatten die Auflösung eines von ihnen abgeschlossenen Kaufvertrags über Liegenschaften und Fahrnisse wegen Nichterfüllung bezweckt, der Käufer mittelst einer zugleich auf Entschädigung gerichteten Klage, und der Verkäufer durch Erhebung einer Widerklage.

In erster und zweiter Instanz wurde der Vertrag zu Gunsten des Verkäufers für aufgehoben erklärt und der Käufer zugleich mit seinem Entschädigungsanspruch abgewiesen.

Der letztere ergriff die Oberberufung und suchte die Widerklage in der Richtung als unbegründet darzustellen, daß der Verkäufer sich nur bedingt zum Vollzug des Kaufvertrags erboten, und daß er vorerst noch die Liegenschaften von einer darauf ruhenden Pfandlast zu befreien habe.

Allein der höchste Gerichtshof bestätigte am 18. Mai l. J. die vordergerichtlichen Urtheile.

Entscheidungsgründe.

Auf die von Grafmüller am 25. Oktober 1855 gegen die Harter'schen Eheleute erhobene Klage wurden die Beklagten durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 27. Januar 1857 für schuldig erklärt, den mit dem Kläger am 25. October 1852 abgeschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, die Kaufobjecte sammt Zubehörden innerhalb 14 Tagen gegen Bezahlung des Kaufgeldes von 12,400 fl. an den Kläger abzutreten, und demgemäß den Eintrag des Kaufvertrags im Grundbuch unter ortsgerichtlicher Gewährung geschehen zu lassen.

Nachdem dieses rechtskräftige Urtheil am 5. Februar 1857 den Beklagten zugestellt war, ließ der Kläger, wie er behauptet, die Beklagten zur Uebergabe auffordern, und sie erklärten sich bereit, die Liegenschaften, welche im Kaufvertrag speciell verzeichnet sind, in dem Maaß, wie sie vorhanden sind, auf den Kläger überschreiben zu lassen, und die Fahrnisse, soweit sie vorhanden sind, gegen Empfang des Kaufpreises zu übergeben.

Allein der Kläger verweigerte dieses und klagt nunmehr auf Auflösung des Vertrags nebst Entschädigung wegen Nichterfüllung desselben.

Diese Klage ist jedoch ungegründet, weil die Beklagten von ihrer Seite gethan haben, was ihnen zur Vertragserfüllung unter den gegebenen Verhältnissen zugemuthet werden konnte, und der Kläger die Schuld der Nichterfüllung trägt. Er verweigerte nämlich den Vollzug und gründet seine zweite Klage darauf, daß die Liegenschaften nicht das volle, im Vertrag enthaltene Maß hätten, nicht in demselben Zustande, wie am 25. Oktober 1852 wären und ein Theil der Fahrnisse nicht mehr vorhanden sei.

Allein dieses konnte ihn überall nicht berechtigen, den Vertrag gänzlich unerfüllt zu lassen, sondern nur einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises einstweilen zurückzubehalten, worauf ihn bereits die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 27. Januar 1857 hinweisen.

Da er nun auch auf die notarielle Aufforderung der Beklagten auf seiner Weigerung beharrte, und ebensowenig um Aufschub des Vollzugs — nach L.R.S. 1184. 1655 — bat, so wurde mit Recht dem, im Wege der Widerklage gestellten Antrag der Beklagten, den Vertrag zu ihren Gunsten aufzulösen, stattgegeben, und der Kläger in die Kosten des Rechtsstreits verfällt.

D. R.

IV.

Irrthümer in Bezeichnung der Geschworenen.

In die Bezirksliste des Bezirksamtes Ueberlingen und in die Kreisliste des Hofgerichts des Seekreises für das Jahr 1858 war Rothgerber Johann Gutmann von Leustetten als Hauptgeschworener eingetragen, welcher auch in die engere Liste für die I. Quartalsitzung von 1858 aufgenommen, und bei der Ziehung aus der Urne gezo-

gen ward. Die Vorladung zur Schwurgerichtssitzung wurde vom Gerichtsboten dem Rothgerber Johann Buchmann von Leustetten zugestellt. Und das Bezirksamt Ueberlingen bemerkte bei der berichtlichen Vorlage der Zustellungsbescheinigung, daß die Bezeichnung des Johann Gutmann in der Ladungsverfügung eine irrthümliche, dagegen die des Gerichtsboten mit Johann Buchmann die richtige sei. Das Hofgericht des Seekreises erwiederte dem Bezirksamt Ueberlingen hierauf, daß in der dortigen Bezirksliste ein Johann Buchmann von Leustetten nicht, dagegen ein Johann Gutmann eingetragen sei. Beruhe die Angabe des letzteren Namens (Gutmann), war in der Verfügung weiter gesagt, auf keinem Schreibfehler und solle dieser Name nicht Buchmann heißen, so könne letzterer, nämlich Buchmann nicht als Geschworener dienen. Das Amt Ueberlingen habe daher hierüber Aufklärung zu geben und für den Fall, daß der Name Johann Gutmann irrthümlich statt Johann Buchmann eingetragen sei, ein Zeugniß des Bürgermeisteramts Leustetten darüber, daß daselbst kein Johann Gutmann existire, vorzulegen. Das Amt Ueberlingen legte hierauf die Urliste der Gemeinde Leustetten vor, in welcher wohl ein Johann Buchmann, nicht aber ein Johann Gutmann eingetragen ist, daher, wie das Amt Ueberlingen bemerkte, der in der Bezirks- und Kreisliste vorkommende Name Johann Gutmann nur auf einem Schreibfehler beruhe. In der bei den Acten befindlichen engeren Liste wurde dieser Schreibfehler berichtiget, nicht aber in dem Verzeichniß der Geschworenen, welches den Angeklagten nach §. 65 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 mitgetheilt worden war. In der I. Quartalsitzung ist denn auch Rothgerber Johann Buchmann von Leustetten erschienen. Als bei Eröffnung der Schwurgerichtssitzung die vorgeladenen Geschworenen aufgerufen wurden, trug der Staatsanwalt vor, daß der als Hauptgeschworener erschienene Johann Buchmann, Rothgerber von Leustetten, da er unter diesem Namen weder in der Bezirksliste noch in der Kreisliste aufgeführt sei, nicht Geschworener sein könne, und der Staatsanwalt stellte deßhalb an den Schwurgerichtshof den Antrag, den Johann Buchmann zu dem Geschworenenamte für diese Quartalsitzung nicht zuzulassen. Vom Schwurgerichtshof erging aber das

Erkenntniß.

In Erwägung, daß nach dem Berichte des Bezirksamtes Ueberlingen und der demselben angefügten Urliste der Gemeinde Leustetten der Eintrag des Rothgerbers Johann Buchmann in der Bezirks- und Kreisliste unter dem Namen Johann Gutmann nur auf einem Schreibfehler beruht, Johann Buchmann auch unter dem wahren Namen in der Urliste aufgeführt und vorgeladen worden ist, somit kein Irrthum bezüglich der Person dieses Geschworenen obwaltet, wird erkannt, daß auf den Antrag des großh. Staatsanwalts nicht eingegangen werden könne.

Ueber solche Irrthümer in Bezeichnung der Geschworenen sagt Mittermaier im Gerichtssaal von 1850 Bd. I. S. 504. 505:

„In einer Reihe von Rechtssprüchen von Frankreich und Belgien ist anerkannt, daß durch Unrichtigkeiten in der Bezeichnung der Geschworenen eine Nichtigkeit nicht begründet wird, wenn nicht die irrige Bezeichnung von der Art ist, daß sie den Angeklagten über die Identität des erschienenen Geschworenen mit dem auf der Liste eingetragenen täuschen konnte. Irrige Bezeichnungen z. B. in Vornamen oder Beruf des Geschworenen werden in der Regel dahin nicht gehören, dagegen kann der Irrthum wichtig werden, wenn z. B. durch die unrichtige Bezeichnung der Angeklagte in Bezug auf die Ausübung seiner Recusationsrechte getäuscht werden könnte, indem das Ergebniß seiner Erkundigung um die Persönlichkeit des eingetragenen Geschworenen ihn bewegen konnte, einen Geschworenen nicht zu recusiren, während er den wirklich erschienenen, wenn er es gewußt hätte, recusirt haben würde. Der leitende Grundsatz der französischen Rechtsprechung ist hier, möglichst die Urtheile aufrecht zu halten, wenn sich nicht klar ergibt, daß das Recht des Angeklagten auf Vertheidigung durch Verletzung von Formvorschriften beeinträchtigt werden konnte.“

Darnach kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die irrige Bezeichnung des Geschlechtsnamens eines Geschworenen in der Bezirks- und Kreisliste wie in der engeren Liste einen Nichtigkeitsgrund abgeben kann. Und jedenfalls hätte hier den verhafteten Angeklagten drei Tage vor der Verhandlung nach §. 65 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 der Schreibfehler bekannt gemacht werden sollen.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 22.**

I.

Armenrecht.

Das Armenrecht ist gleich dem Inbegriff aller der besonderen Rechte, welche einer armen Partei bei Führung gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten wegen ihrer Armuth gesetzlich eingeräumt sind.

§. 1.

Welche Vortheile gewährt nun das s. g. Armenrecht im Civilprozesse?

A) Einstweilen Befreiung von Sportel- und Stempelaufwand.

Das römische Recht gewährte den Armen unbedingte Sportelfreiheit.

Nov. 17 c. 3.

Das canonische Recht stimmte hierin mit dem römischen Rechte überein.

c. 11 §. 4 in 6 de rescript.

Aber die Glosse zu dieser Stelle bemerkte unter Bezugnahme auf C. 5 X. de usuris, daß der Begünstigte, wenn er nachmals in bessere Vermögensumstände kommen sollte, zur Nachzahlung verpflichtet sei, und diese Ansicht ist von der Praxis und den Reichsgesetzen recipirt worden. Demzufolge räumte das gemeine deutsche Recht,

Kammergerichtsordnung von 1555. Thl. I. Tit. 29 §. 5.

Deputationsabschied von 1600. §. 6 ff.,

allen armen Parteien die besondere Befugniß ein, bei den von ihnen im einzelnen Falle angerufenen Gerichten um Credit für die zu erlegenden Gerichtssporteln nachzusuchen, und zwar aus dem Grunde, damit eine arme Partei durch die Verbindlichkeit, die gerichtlichen Kosten des Prozesses auszulegen, nicht behindert werde, den gerichtlichen Rechtsweg zu betreten. Und andererseits waren die Gerichte verpflichtet, unter gewissen Voraussetzungen diesen Credit zu bewilligen.

Die Wirkung des Armenrechts bestand hiernach schon im gemeinen Rechte nicht in dem gänzlichen Nachlasse, sondern nur in einer Stundung der Zahlung bis zu dem Zeitpunkte einer Verbesserung der Vermögensumstände des Berechtigten, weßhalb nicht nur die Gerichtskosten vorgemerkt wurden (beneficium annotationis), sondern auch in dem Endurtheil, wie gewöhnlich, über den Kostenpunkt erkannt werden mußte.

Die Wirkungen des gewährten Sportelcredits äußern sich

a) bei Führung des Rechtsstreits, für welchen er bewilligt wurde, dadurch, daß die arme Partei zu ihren Eingaben an das Gericht kein Stempelpapier zu verwenden hat*); die Stempelbeträge zwar zu den Acten notirt, aber als „suspendirt“ bezeichnet, und ferner, daß die der armen Partei anzusetzenden Sporteln und zufallenden Kosten zwar zu den Acten verzeichnet, aber nicht eingehoben werden.

Daß unvermögenden Personen die Gerichtskosten vorläufig nachgesehen werden, und zwar nicht blos die Sporteln, sondern auch der Gebrauch des Stempelpapiers zu Schriften und Eingaben, erkennt auch unsere P.O. an in:

§. 160. Von der Zeit der Zulassung einer Partei zum Armenrecht ist nicht nur sie selbst, sondern auch die Gegenpartei einstweilen von der Entrichtung der, von da an blos vorzumerkenden, Gerichtssportel- und Stempelgebühren frei.

---

*) Nach dem Sportelgesetz wird zu gerichtlichen Fertigungen nie Stempelpapier verwendet noch verrechnet.

Ebenso der §. 49 des Sp.Gef., welcher besagt:

„Von Anwendung des Stempelpapiers und Entrichtung der Sporteln sind befreit:

4) Personen, welche zum Armenrecht zugelassen sind."

Dabei ist aber noch besonders ausgesprochen, daß die Befreiung nur eine vorläufige sei, in §. 165 P.O.:

„Kommt der Arme zu hinreichendem Vermögen, so muß er die Gerichtssportel- und Stempelgebühren nachzahlen."

Die der Armenpartei zur Last fallenden Postportobeträge und Postnachnahmen von Insertionsgebühren ausländischer Redaktionen, welche nach §. 6 des Finanz-Min.-Erlasses vom 19. September 1842 (St.V.O.Bl. No. 14. S. 70), gleich Sporteln zu constatiren sind, werden nach §. 10 des Justiz-Min.-Erlasses vom 8. Februar 1845 (Reg.Bl. No. 4 S. 38) den Sporteln gleich behandelt.

Die Gebühren der Gerichtsboten jedoch sind auch von Armenparteien zu entrichten, außer wenn dieselben nach Beurkundung des Gemeinderaths nicht einmal zur Zahlung dieser Gebühren im Stande sind. Im letzteren Fall bleibt dem Beamten seine Forderung bis dahin vorbehalten, da der Arme zu hinreichendem Vermögen kommt. §. 29 der V.O. vom 2. Juli 1851 (Reg.Bl. S. 472) oder sein vermöglicher Gegner im Prozeß rechtskräftig unterlegen ist.

Wie soll es aber mit baaren Auslagen gehalten werden, welche durch eine Armenpartei im Prozeß veranlaßt werden?

Im gemeinen Rechte, in welchem die Bestimmungen der C.G.O. Thl. I. Titel 53. nicht Eingang gefunden hat, wird diese Frage verschieden beantwortet. Martin, Vorlesungen §. 10,

Bayer, in seinen Vorträgen über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (achte Aufl. S. 25) schlägt vor, bezüglich solcher Kosten, welche nicht creditirt werden können, folgende Regeln zu beobachten:

1) Wenn die betr. Kosten verursachende Handlung nicht unvermeidlich nothwendig ist, so soll sie unterlassen werden, falls nicht die arme Partei selbst die erforderlichen Geldmittel dazu aufzubringen weiß.

2) Können die Kosten durch eine der Gegenpartei unschädliche Veränderung des Verfahrens vermieden werden, so ist dieser Ausweg zu ergreifen. Ist aber:

3) Keines dieser Mittel anwendbar, so kann der Vorschuß für solche Auslagen keinenfalls dem wohlhabenden Gegner zur Last fallen.

Bayer will diesen Vorschuß nicht der Sportel-, sondern der Armenkasse aufbürden, die für den Unterhalt des Armen überhaupt zu sorgen habe.

Vgl. Schmid, Handbuch des gem. deutschen Civ.Pr. Bd. I. §. 71. S. 207. 208.

Unsere Prozeßordnung sieht diesen Fall in dem Titel vom Zeugenbeweise vor, indem sie vorschreibt in §. 431. Ist die beweisführende Partei zum Armenrechte zugelassen, so haben Inländer, welche als Zeugen vernommen werden, eine Hinterlegung oder vorläufige Vergütung der Kosten nicht anzusprechen. Ihre Vernehmung, der sie sich gleichwohl nicht entziehen dürfen, geschieht jedoch vor dem Gerichte, zu dessen Bezirke ihr Wohnort oder ihr dermaliger Aufenthaltsort gehört.

Die Zeugengebühren sind in solchem Falle, so wie die Gerichtskosten, einstweilen vorzumerken.

§. 432. Kosten, welche durch Vernehmung ausländischer Zeugen veranlaßt werden, trägt die Amtskasse, wenn der zum Armenrechte zugelassene Beweisführer ein Inländer ist.

Nach Justizministerialerlaß vom 24. November 1835 No. 5565/66 gehören unter die unvermeidlichen Auslagen auch diejenigen, welche durch Einnahme von Augenscheinen, durch Veranstaltung von Expertisen, durch Erlassung von öffentlichen Vorladungen, Ersuchschreiben an auswärtige Behörden *) u. s. w. veranlaßt werden, und werden diese Kosten, wenn die zum Armenrecht zugelassene Partie eine inländische ist, in demselben Maaße, wie die durch Vernehmung ausländischer Zeugen entstehenden (Pr.O. §. 432) von der Amtskasse getragen.

Verordnungsblatt für den Seekreis 1846 No. 15 S. 72.

Ferner hat das großh. Ministerium des Innern zufolge Staatsministerial Entschließung vom 14. Januar 1836 No. 65 unterm 22. Januar 1836 No. 597 die großh. Kreisregierungen ermächtigt, nothwendige Auslagen in Rechtsstreitigkeiten, bei welchen die unterliegende Partie zum Armenrechte zugelassen ist, auf die Amtskasse zu übernehmen.

Anzeigeblatt für den Seekreis von 1836 No. 17, S. 178.

Gegen die von einigen Schriftstellern des gemeinen

*) S. Annal. 1851 (XXI.) No. 20. III. 2. S. 152.

Rechts geltend gemachte Ansicht, daß das einer Partei verliehene Armenrecht auch ihrem Gegner zu statten komme, welche Ansicht aus

c. 6 C. 7, 51.

c. 12 §. 4 C. 12, 19.

abgeleitet werden wollte, sprechen die deutschen Reichsgesetze.

K.G.O. von 1521 Titel 25 §. 1.

von 1555, Thl. 1 Titel 41 §. 2.

Nach dem oben schon angeführten §. 160 unserer Pr.O. ist nicht nur die zum Armenrecht zugelassene Partei, sondern auch die Gegenpartei einstweilen von der Entrichtung der von da an blos vorzumerkenden Gerichtssportel- und Stempelgebühren frei und der §. 49 des Sportelgesetzes verordnet im letzten Absatze, in Rechtsstreitigkeiten, in welchen eine Partei zum Armenrecht zugelassen ist, habe weder sie noch ihr Gegner Stempelpapier zu verwenden und seien die Sporteln und Stempelbeträge einstweilen nur vorzumerken, sofern sie nicht rücksichtlich einzelner Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitte dem Gegner sofort zur Last gesetzt werden; s. §. 174 Pr.O.

Sollte übrigens während des Laufs des Rechtsstreits die Partei, welche das Armenrecht erhalten hat, ohne Rücksicht auf den Rechtsstreit zu Vermögen kommen, so hört der Sportelcredit auf, sobald das Gericht hiervon Kenntniß erhält, und wird die Erhebung der vorgemerkten Kostenbeträge angeordnet.

Dieß ist in dem dritten Absatz des §. 5 der Verordnung vom 5. August 1852 (Reg.Bl. No. 39 S. 344) ausgesprochen:

„Die Zulassung zum Armenrecht kann jederzeit zurückgenommen werden, wenn sich ergibt, daß die Partei in der Lage ist, die Prozeßkosten bestreiten zu können."

b) Am Schlusse des Rechtsstreits, für welchen der Sportelcredit bewilligt ist, wird bei Abfassung des Endurtheils über die Pflicht der Parteien, einander die Prozeßkosten zu ersetzen, dennoch erkannt. Denn wegen der Möglichkeit, daß die Armenpartei noch zu Vermögen gelange, muß auch diese, wenn es die Lage der Sache mit sich bringt, in die Kosten verurtheilt werden.

Gewinnt jedoch die Armenpartei den Prozeß und wird der Gegner zum Kostenersatz verurtheilt, so wird derselbe hierdurch verpflichtet, auch die für die Armenpartei blos notirten Kosten zu bezahlen.

Diesen gemeinrechtlichen Grundsatz spricht die Pr.O. in §. 161 aus:

„Wird in der Folge die Gegenpartei in die Kosten verurtheilt, so hat sie die bis dahin vorgemerkten Gerichtssportel- und Stempelgebühren zu bezahlen, die Armenpartei selbst aber für ihre Gänge und Auslagen Vergütung zu leisten."

Hierzu verordnet der §. 50 des Sp.Ges.:

„Wird nachmals der Gegner der befreiten Partei zur Tragung der Kosten oder eines Theils derselben verurtheilt, so hat das Gericht neben der Sportel des Endurtheils zugleich die bis dahin vorgemerkten Sporteln und Stempelgebühren, oder den betreffenden Theil derselben, in die Hebrolle übertragen zu lassen;*)."

ferner §. 51 ebendaselbst:

„Wird in Folge eines Rechtsmittels das im Falle des §. 50 erlassene Endurtheil abgeändert und die von den Gerichtskosten befreite Partei zur Tragung derselben oder eines Theils davon verurtheilt, so wird der anderen Partei der Betrag, der ihr von dem Gegner zu ersetzen wäre, auf Verfügung des Gerichts aus der Staatskasse zurückgegeben,"

und für den Fall, daß die Erledigung des Streits nicht durch Urtheil erfolgt, bestimmt §. 52 Sp.Ges.:

„Wird ein Rechtsstreit mit einer befreiten Partei durch Vergleich erledigt oder erlischt der Rechtszug, so ist der nicht befreiten Partei die Hälfte des vorgemerkten Sportel- und Stempelbetrages zur Last zu setzen, die andere Hälfte ist zu streichen.

Wenn endlich

c) die Armenpartei durch den Ausgang des Rechtsstreits, sei es durch ein Erkenntniß oder einen Vergleich zu Vermögen gelangt, so ist sie verpflichtet, die creditirten Gerichtskosten zu zahlen.

Das gemeine Recht gab den Gerichten die Befugniß, das von der Armenpartei errungene Streitobject zu dieser Zahlung selbst dann zu verwenden, wenn kein Ueberschuß für die Armenpartei blieb.

Reichskammergerichtsordnung Thl. I. Tit. 78.

Schmid, Handbuch Bd. I. §. 71 S. 210.

*) Nachdem der Rechtsstreit rechtskräftig zu Gunsten der Armenpartei entschieden ist, kann der Gerichtsbote, welchem dieselbe die Zahlungsgebühren nicht zu zahlen vermochte, ein Verzeichniß dieser Gebühren dem Richter zur Decretur und Zahlungsanweisung vorlegen.

Nach §. 165 unserer Prozeßordnung muß der Arme die Gerichtssportel- und Stempelgebühren dann nachzahlen, wenn er zu hinreichendem Vermögen kommt.

Der frühere §. 167 Pr.O. lautete:

„Kommt der Arme durch einen günstigen Ausgang des Prozesses oder auf andere Art zu hinreichendem Vermögen, so ist er verbunden u. s. w."

In §. 165 sind nun zwar diese beiden Fälle des Vermögenserwerbs nicht mehr unterschieden, allein dennoch stillschweigend enthalten; daraus folgt, daß auch das durch den Prozeß gewonnene Vermögen ein hinreichendes sein muß, um für die bisher vorgemerkten Gerichtskosten angegriffen werden zu dürfen. Was aber unter hinreichendem Vermögen zu verstehen sei, ist aus §. 158 Pr.O. zu entnehmen. Nach diesem §. erscheint nämlich Vermögen und Erwerb einer Person als zur Bestreitung der Kosten eines Prozesses dann hinreichend, wenn durch diesen Aufwand der nothwendige Lebensunterhalt für dieselbe und ihre Familie nicht beschränkt wird.

Hiernach hat der Richter im einzelnen Falle zu ermessen, ob das durch den Prozeß gewonnene in Verbindung mit dem früher schon vorhandenen Vermögen in der bezeichneten Weise ausreiche.

Für diesen Fall verordnet der §. 50 des Sp.Ges., daß das Gericht die vorgemerkten Sporteln und Stempelgebühren in die Hebrolle übertragen zu lassen habe, wenn die in die Kosten verurtheilte Armenpartei vor eingetretener Verjährung (nach Gesetz vom 21. Juli 1839 Reg.Bl. No. 21 S. 175) zu hinreichendem Vermögen gelange.

Um für den Fall, daß die in die Kosten eines Rechtsstreits verurtheilte Armenpartei vor eingetretener Verjährung der vorgemerkten Sporteln und Stempelbeträge zu hinreichendem Vermögen gelangt, die Erhebung dieser Sporteln und Stempelbeträge zu sichern, hat großherzogliches Justizministerium durch Erlaß vom 11. März 1858, No. 1699 (Centr. Verord.Bl. No. 4 S. 23) die Gerichte angewiesen, der betreffenden Obereinnehmerei (dem Hauptsteueramt) am Schlusse jeden Jahrs einen Auszug aus dem Vormerkbuche mitzutheilen, welcher die Namen der im Laufe des Jahrs zur Tragung von Kosten verurtheilten Armenparteien, die Bezeichnung des Rechtsstreites, in dem sie unterlagen, und den Betrag der vorgemerkten Sporteln und Stempelbeträge enthält.

Wie nach gemeinem Rechte der Gegner der unterlegenen Armenpartei zum Zwecke seiner Befriedigung Exekutionsobjecte bezeichnen durfte, ohne daß die Bescheinigung der Armuth und der geleistete Armeneid, als zu ganz anderen Zwecken vorgenommen, ihm entgegenstand, so hat auch nach §. 166 unserer Pr.O. die Bewilligung des Armenrechts auf die Befugnisse der Gegenpartei, den ihr gebührenden Kostenersatz von der zum Armenrecht zugelassenen Partei beizutreiben, keinen Einfluß.

In den Motiven zu Art. XI. des Gesetzentwurfs zur Abänderung der bürgerlichen Prozeßordnung ist hierüber bemerkt:

„Der Gegner der armen oder angeblich armen Partei soll unter der Zulassung zum Armenrecht, bei welcher er gar nicht gehört wird, nicht in der Art leiden, daß ihm, wenn er siegt, das Recht abgeschnitten wird, seine Kosten beizutreiben. Man verwehrt ihm ja auch nicht, die arme Partei, wenn diese verurtheilt ist, zur Leistung der eingeklagten Forderung selbst anhalten zu lassen."

§. 2.

B. Anspruch auf Vertretung von Amtswegen.

Schon nach gemeinem Rechte konnte die arme Partei auch verlangen, daß ihr ein Anwalt von Amtswegen beigegeben werde, welcher verpflichtet war, das Honorar vorläufig zu creditiren.

Damit übrigens ein Anwalt nicht unverhältnißmäßig mit Armensachen überbürdet werde, sollte jedes Gericht einen Turnus unter den daselbst angestellten Advokaten beobachten.

C.G.O. von 1555. Thl I. Tit. 19. §. 5.

Jüngster, Reichsabschied. §. 114.

§. XVI. der anwaltschaftlichen Taxordnung schreibt vor:

„In Armensachen ist jeder angenommene Anwalt, der dazu gerichtlich verordnet wird, umsonst zu dienen, auch die Mundirung der Eingaben, die jedoch hier nur einfach übergeben werden, *) umsonst zu besorgen, aber keine Taxen und weitere Auslagen auf sich zu leiden, verbunden."

Die Pr.O. verordnet über die Vertretung der Armenpartei in §. 162: Der zum Armenrecht Zugelassene,

*) Die Duplikate hat die Kanzlei von Amtswegen zu fertigen. J.B. VII. S. 241

wenn er nicht im Stande oder nicht befugt ist, seine Sache selbst vor Gericht zu vertreten, kann verlangen, daß ihm ein Vertreter von Amtswegen beigegeben werde. Dieser Vertreter wird, wenn Anwälte am Gerichtsorte sind, aus diesen, wenn dieses der Fall nicht ist, aus andern an dem Gerichtsorte wohnenden Personen gewählt.

Ohne Zweifel ist der §. 162 auch auf die Vertretung der Armenparteien vor den Untergerichten anwendbar; er ist seiner Stellung nach ursprünglich gerade für diese gegeben.

Um aber bei einem Untergerichte seine Sache selbst zu vertreten, ist nicht nöthig, daß man Rechtsgelehrter sei (§. 119 vergl. mit §§. 1067. 1070. 127 Pr.O.); daher wird der zum Armenrecht zugelassene nur dann verlangen können, daß in erster Instanz für ihn ein Vertreter aufgestellt werde, wenn er selbst durch Abwesenheit oder Krankheit am Erscheinen gehindert oder wegen eines physischen oder geistigen Gebrechens zur Vertheidigung seiner Sache unfähig ist. In diesem Falle ist,

> wenn keine Anwälte am Gerichtssitze wohnen, ein dort wohnender Bürger zu wählen, wie bei Bestellung der Vormünder, Abwesenheitspfleger, Beistände u. s. w. Derselbe muß die Vertretung auf sich nehmen, da sie zufolge §. 162 Pr.O. eine staatsbürgerliche Verbindlichkeit ist, von der ihn nur erhebliche Gründe befreien können.

Annal. 1833 (I.) No. 29. S. 179 R.R.

Auch den Obergerichten wird in den Annalen 1833 (I.) No. 43 S. 264 das Recht vindicirt, nach Ermessen das Gesuch um Bestellung eines Officialanwalts abzuschlagen.

Schon der im Reg.Bl. vom Jahr 1830 No. V. S. 38 erschienene, in Gemäßheit höchster Entschließung aus großh. Staatsministerium vom 17. Dezember 1829 No. 1716 ergangene Justizministerialerlaß vom 2. Februar 1830 verordnet:

§. 1. Gleich den wirklichen Anwälten liegt auch denjenigen, welchen das Schriftverfassungsrecht in Rechtsangelegenheiten verliehen ist, die Verpflichtung ob, die zum Armenrechte zugelassenen Partien vor Gericht zu vertreten und zwar unentgeldlich, sofern nicht der vermögliche Gegner zum Ersatz der Prozeßkosten endlich verurtheilt wird.

Das Maß dieser Verpflichtung, sowie die Reihenfolge, in welcher ihr genügt werden muß, haben die Gerichte, mit Beachtung aller eintretenden Verhältnisse, zu bestimmen.

Die Procuratoren besorgen die Uebergabe der Schriften ebenfalls unentgeldlich.

§. 2. Von dieser Verpflichtung zur Vertretung armer Partien sind ausgenommen: Rechtspraktikanten, welche bei einem Amt oder Amtsrevisorat als Actuarien oder Gehülfen mit Actuariatsgehalt oder mit Taggebühren angestellt, sowie jene, die mit einem Praktikantengehalt entweder einem Amt oder einer der mittleren oder obersten Landesstellen beigegeben sind."

In gleicher Weise verordnet der §. 13 des Justizministerialerlasses vom 7. April 1854,

Reg.Bl. No. 15. S. 130,

welcher zum Vollzug der landesherrlichen Verordnung vom 16. Dezember 1853 (Reg.Bl. No 50) die Vorbereitung zum öffentlichen Dienste in der Justiz und der inneren Staatsverwaltung betr. ergangen ist:

„Auf eigenen Namen dürfen die bei Anwälten beschäftigten Referendäre, vorbehaltlich der Bestimmung des §. 124 der Pr.O. keine Anwaltsgeschäfte vornehmen, außer in Armensachen . . . ., welche ihnen von einem Gerichte übertragen werden.

Zur Uebernahme von Armensachen . . . . sind sie in gleichem Maße, wie die wirklichen Anwälte, verpflichtet."

Der zur Vertretung einer Armenpartei aufgestellte Anwalt darf aber diese Vertretung, wenn er die Sache für frivol hält, ablehnen.

Unter der Herrschaft der O.G.O. war dem bestellten Armenanwalt, wenn er die Sache für frivol hielt, zur Pflicht gemacht, die Beschwerden der Armenpartei, aber auch die Gründe vorzutragen, aus welchen er dieselbe nicht für beschwert halte, und das Patrocinium aufzukündigen. Der hofgerichtliche Respicient sollte nach der Prüfung mündlichen Vortrag erstatten, und wenn das Collegium sich von der Frivolität der Beschwerden überzeugte, alsdann die motivirte Patrociniums-Aufkündigung der Armenpartei durch das betreffende Amt mit der Auflage eröffnet werden, daß ihr überlassen bleibe, die Berufung durch einen andern von ihr selbst zu bestellenden Sachwalter binnen vier Wochen, und zwar bei Strafe der Desert-Erklärung zu rechtfertigen. Der Appellat konnte bei offenbarer Frivolität der Beschwerde sich dadurch gegen die Kosten schützen, daß er lediglich ad acta submittirte. Wo dagegen der hofgerichtliche Respicient die Beschwerde des Appellanten nicht so verwerflich fand, als dessen An-

walt sie vorgestellt hatte, da blieb dem Hofgericht unbenommen, die Beschwerdeschrift sofort dem Appellaten zur Vernehmlassung mitzutheilen Justiz-Min. 29. September 1829. No. 4345.

Ueber das Verfahren bei großh. Oberhofgerichte s. J.B. IV S. 287. 288 II

Die Pr.O. räumt jedoch sowohl der Armenpartei, als dem für sie aufgestellten Anwalt ein Abrechnungsrecht ein in den §§. 163. „Die Armenpartei hat das Recht, den ihr von Amtswegen ernannten Vertreter aus erheblichen Gründen zu verbitten; eben so steht dem bestellten Vertreter das Recht zu, sich die Partei zu verbitten, namentlich wenn er die Sache für grundlos hält.

164. Im letzten Falle hat er die Gründe in einer besonderen Darstellung dem Gerichte vorzutragen, welches solche der Armenpartei mittheilt, und ihr*) überläßt, einen Vertreter, wobei sie nicht auf die Advokaten und recipirten Schriftverfasser beschränkt ist, für sich aufzufinden und zu bestellen."

Nach einer Entscheidung des groß. Oberhofgerichts

J.B. n. F. II. (1834), S. 424,

wirkt diese, der negativen Deduktion des aufgestellten Armenanwalts folgende Eröffnung auch für die folgenden Instanzen.

Gegen die Zweckmäßigkeit des dem Armenanwalte eingeräumten Ablehnungsrechts sind übrigens erhebliche, aus den daraus sich ergebenden Störungen der Verhandlungen bei den Obergerichten geschöpfte Gründe vorgebracht in

Annal. 1855 (XXII.) No. 15. V. S. 118. 119.

*) In der Prozeßordnung vom Jahr 1831 lautete der §. 165 von hier an weiter:

„auf ihr Verlangen einen andern Vertreter ernennt,"

und in §. 166 folgte noch vor dem Schlusse des jetzigen §. 164:

„nachdem zwei Anwälte sich auf gleiche Art erklärt haben, ist der Armenpartei nunmehr selbst zu überlassen," ꝛc. ꝛc.

In dem Commissionsbericht des Abgeordneten Maner über den Entwurf eines Gesetzes zur Abänderung der bürgerlichen Prozeßordnung ist jedoch ausgeführt, die Erfahrung zeige, daß die Prozesse, worin eine Partei zum Armenrechte zugelassen ist, vorzugsweise verschleppt werden, in Folge der Befugniß des Armen, die Aufstellung eines zweiten Anwaltes zu verlangen, nachdem der Erste die Sache für grundlos erklärt hat, und, wenn der Zweite mit dem Ersten gleicher Meinung ist, einen anderweiten Vertreter selbst aufzufinden. Die Commission war daher der Ansicht, daß es an der Aufstellung eines Anwaltes von Amtswegen genüge, und daß die Armenpartei, wenn derselbe ihre Sache nicht übernehme, sogleich einen Vertreter aufsuchen solle, und stellte deßhalb den Antrag auf Abänderung der §§. 165. 166.

Ein Armenanwalt, der sich unthätig verhält, kann nicht mit Disciplinarstrafen zur Thätigkeit angetrieben, sondern wegen dessen Unthätigkeit kann nur der entsprechende prozessualische Rechtsnachtheil der Partie angedroht, beziehungsweise gegen die Partie ausgesprochen werden.

Der Vertreter einer Armenpartei bedarf übrigens bei den Obergerichten keines Procurators. J.B. n. F. II. (1834) S. 338. 339.

Nach §. 5 des Justizministerialerlasses vom 8. Febr. 1845 (R.B. No. 4. S. 37) genießen Postsendungen der Anwälte, deren Partie zum Armenrechte zugelassen ist, Portofreithum; sind aber mit dem Dienstsiegel einer Justizbehörde zu verschließen und als D.S. zu bezeichnen.

Der von Amtswegen für eine zum Armenrecht zugelassene Partei aufgestellte Anwalt ist nicht in der Lage, sich durch einen Vorschuß für seine Auslagen zu decken, sonach auch nicht verpflichtet, die Gebühren für Zustellungen, die er erhält, auszulegen.

Justizministerialerlaß vom 7. Dezember 1854. No. 11, 822.

Die als Beilage der Obergerichtsordnung vom Jahr 1803 erschienene: „Erneuerte Taxordnung der Anwälte" verordnete zwar in dem oben bereits angeführten §. XVI, daß in Armensachen jeder angenommene Anwalt, der dazu gerichtlich verordnet wird, umsonst zu dienen verbunden sei.

Die Pr.O. aber bestimmt dem oben erwähnten gemeinrechtlichen Grundsatze mehr entsprechend, in §. 161, wenn in der Folge die Gegenpartei in die Kosten verurtheilt werde, so habe sie auch dem Anwalt der Armenpartei die taxordnungsmäßigen Gebühren zu bezahlen, und in §. 165, wenn der Arme nachmals zu hinreichendem*) Vermögen komme, so müsse er die taxordnungsmäßige Gebühren seines Vertreters, soweit dies nicht schon vom Gegner nach §. 161 geschehen sei, nachzahlen.

Diese Bestimmung fehlte in dem früheren §. 162 Pr.O. und dies gab dem Zweifel Raum, ob der Anwalt der armen Partei seine Befriedigung blos durch Vermittlung der Armenpartei oder unmitelbar von dem verurtheilten Gegner verlangen

*) s. oben in §. 1.

dürfe. Die Unbestimmtheit sollte durch diese, dem Art. X. des Entwurfs entsprechende, von der Commission der II. Kammer beantragte, Fassung beseitigt und dem Anwalt der Armenpartei ein unmittelbares Forderungsrecht gegen die unterlegene Gegenpartei eingeräumt werden, da, wie die Motive zu Art. X. des Gesetzentwurfs zur Abänderung der bürgerlichen Pr.O. sich aussprechen, es billig sei, daß man dem Vertreter der siegenden Armenpartei ein directes Klagerecht gegen den unterliegenden Theil einräume.

§. 3.

Wie macht sich aber eine arme Partei der Vortheile des Armenrechts theilhaftig?

Schon nach gemeinem Rechte sollte einer Partei von dem in der Streitsache zuständigen Richter das Armenrecht für den einzelnen Rechtsstreit nur dann verliehen werden, wenn sie ausdrücklich darum bat und nicht nur behauptete, sondern auch bewies oder wenigstens bescheinigte, daß sie arm sei.

C.G.O. von 1555 Thl. I. T. 41 §. 1.

Der Begriff der Armuth wurde aber hier nicht in seiner vollen Schärfe aufgefaßt, sondern es genügte, wenn der Bittsteller dem Gerichte darzuthun vermochte, daß er nicht im Stande sei, außer seinen nothwendigen Bedürfnissen zum standesmäßigen Unterhalte für sich und seine Familie auch noch die Prozeßkosten zu bestreiten.

Kammergerichtsordnung Thl. I. Tit. 78.
Jüngster, Reichsabschied §. 114.

Mehr verlangt auch unsere Pr.O. nicht in:

§. 158. Wer durch ein Zeugniß seiner ordentlichen Obrigkeit nachweist, daß sein Vermögen und Erwerb nicht hinreicht, um ohne Beschränkung des nothwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie, die Kosten des Prozesses zu bestreiten, kann verlangen, daß er zum Armenrechte zugelassen werde.

Darauf, daß der Arme etwa durch eigene Schuld in diesen Zustand gekommen ist, kommt Nichts an.

Wird eine Armenpartei von einem Dritten, durch das Gesetz dazu berufenen, vor Gericht vertreten, z. B. den Ehemann, den Vater, den Vormund, so genügt der Nachweis, daß die eigentlich bei der Sache betheiligte Person, die Partei, arm sei, und kann ihrem vermöglichen Vertreter nicht zugemuthet werden, für sie die Kosten vorzuschießen.

Die entgegengesetzte Ansicht ist vertheidigt von Martin, Vorlesungen Thl. I. §. 10 S. 79. 80.

Die Bitte um Zulassung zum Armenrecht ist jedoch an keinen bestimmten Abschnitt im Prozesse gebunden und kann sowohl vor, als bei dem Beginne des Rechtsstreites oder während dessen Fortsetzung, angebracht werden. Nur äußert das erlangte Armenrecht lediglich für die Zukunft und höchstens auf noch rückständige Kosten seine Wirksamkeit, wogegen das vor der Zulassung zum Armenrecht bereits Gezahlte nicht zurückerstattet wird.

Martin, Vorlesungen §. 10 Bd. I. S. 79. 1.
Schmidt a. a. O. §. 71 Bd. I. S. 209. 1.

Nach gemeinem Recht mußte die um Zulassung zum Armenrecht bittende Partei nicht nur ein schriftliches Zeugniß der Obrigkeit oder doch einer glaubwürdigen, mit den Verhältnissen des Armen hinreichend bekannten, Privatperson über seine Unvermöglichkeit vorlegen, sondern auch noch zu dem s. g. Armeneid, der canonisch rechtlichen Ursprungs und dessen Formel in der Kammergerichtsordnung von 1555 Thl. I. Tit. 78 wörtlich vorgeschrieben ist, sich erbieten.

Diese Formel war zusammengesetzt aus;

a) einem assertorischen (Erfüllungs-) Eide, zur Bekräftigung der Vermögenslosigkeit, d. h. der Wahrheit der beigebrachten Bescheinigung der Armuth, sofern jene nicht an sich vollkommen genügend war.
b) einem Calumnieneide, der Versicherung, daß der Nachsuchende von seiner Habe Nichts gefährlicher, vorsätzlicher Weise veräußert oder weggegeben habe, um sich die Vortheile des Armenrechts zu verschaffen;
c) einem promissorischen Eide, dem eidlichen Versprechen der Nachzahlung, wenn er zu besserem Vermögen kommen sollte, also einer Art juratorischer Sicherheitsleistung.

Kammergerichtsordnung, Thl. I. Tit. 41. §. 1.
Reichsabschied von 1566. §. 105. 987.

Darüber herrschte Streit, ob jedesmal der volle Armeneid geleistet werden müsse. Linde in seinem Lehrbuch, 7. Aufl. §. 120 führt aus, daß der Eid in diesem Umfange nur dann gefordert werden konnte, wenn der beigebrachte ordentliche Beweis der Armuth den Richter nicht vollkommen überzeugte; außerdem genüge das eidliche Versprechen der Nachzahlung.

Martin in seinen Vorlesungen §. 10 behauptet dage-

gen wohl mit Recht, daß auch der zweite Theil des Armeneids, weil durch kein Surrogat zu ersetzen, nach gemeinem Rechte nie erlassen werden könne.

Nach gemeinem Recht durfte außerdem die Sache des Bittstellers nicht offenbar als ungerecht und grundlos erscheinen

C.G.O. von 1555. Thl. I. Tit. 41. §. 2.

und deßhalb sollte — wenn nicht erst im Laufe des Verfahrens um Verleihung des Armenrechts gebeten wurde — die Klage oder die Vertheidigung in der Hauptsache mit dem Gesuche verbunden werden,

D.A. von 1600. §. 8 und 9.

damit der Richter prüfen könne, ob auch dieses Erforderniß vorhanden sei. Nur, wenn der zu verfolgende Anspruch nicht sofort unzuläßig oder ungegründet erschien, hatte das Gericht die Armenpartei zur Leistung des angebotenen Armeneids vorzuladen beziehungsweise die Gerichtsbehörde seines Wohnorts um Abnahme dieses Eids zu ersuchen.

Nach unserer Gesetzgebung fällt jedoch der Eid und die Prüfung des materiellen Gehalts der Sache weg.

Der oben angeführte §. 158 Pr.O. verweißt in einem Nachsatz auf eine Vollzugsverordnung, durch welche die näheren Vorschriften über die Zulassung zum Armenrecht und über die Art, wie die Zeugnisse auszustellen sind, gegeben werden sollen.

Dieser Zusatz wurde auf den Antrag der Commission der II. Kammer aufgenommen, nachdem eine Vollzugsverordnung von der Regierung in Aussicht gestellt war, worin die Thatfragen, welche in einem Armuthszeugnisse zu beantworten sind, vorgeschrieben werden sollten, damit dem Mißstande, daß Gemeinderäthe den §. 158 Pr.O. einfach abschreiben, abgeholfen werde.

Diese Vollzugsverordnung hat großh. Justizministerium mit Ermächtigung aus großh. Staatsministerium vom 30. Juli 1852 No. 1081 unterm 5. August 1852

(Reg.Bl. No. 39. S. 344. 345.)

erlassen. Sie lautet:

„§. 1. Das Gericht, bei welchem eine Partei um Zulassung zum Armenrecht nachsucht, hat von dem Gemeinderath ihres Wohnsitzes Bericht über deren Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu erheben.

In diesem Bericht sind folgende Fragen genau und pflichthaft zu beantworten:

1) Besitzt der Bittsteller Liegenschaften? Welches ist ihr gegenwärtiger Schätzungswerth?

2) Wie hoch beläuft sich der Werth seines Fahrnißvermögens in ungefährem Anschlage?

3) Besitzt er Kapitalien oder sonstige Forderungen, und in welchem Betrage?

4) Besitzt er eine Leibrente, eine Nutznießung, ein Leibgeding, einen Allmendgenuß oder ein ständiges Einkommen an Besoldung, Gehalt, Pension oder dergleichen? Wie hoch ist der jährliche Bezug anzuschlagen?

5) Wie viele Schulden sind im Unterpfandsbuche vorgemerkt? Sind noch andere Schulden bekannt?

6) Ist der Bittsteller arbeitsfähig? Womit ernährt er sich und seine Familie? Wie hoch ungefähr beläuft sich sein jährlicher Arbeitsverdienst?

7) Wie groß ist die Zahl der Familienangehörigen, deren Ernährung dem Bittsteller gegenwärtig obliegt? Welches ist ihr Alter und Geschlecht? Sind nicht auch Erwerbfähige darunter? Wie hoch kann deren Arbeitsverdienst angeschlagen werden?

8) Besitzt der Bittsteller noch in andern Gemeinden Vermögen? In welchen?

9) Ist nach allen diesen Verhältnissen das Vermögen und der Erwerb des Bittstellers hinreichend oder nicht, um, ohne Beschränkung des nothwendigen Lebensunterhalts für ihn und seine Familie, die Kosten des fraglichen Rechtsstreits zu tragen?

Wenn der Bittsteller verheirathet ist, so sind auch die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse seines Ehegatten anzugeben.

§. 2. Im Falle die achte Frage bejaht wird, ist auch von den Gemeinderäthen der bezeichneten weitern Orte Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Bittstellers zu erheben.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 23.

I.

Armenrecht.

Das Armenrecht ist gleich dem Inbegriff aller der besonderen Rechte, welche einer armen Partei bei Führung gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten wegen ihrer Armuth gesetzlich eingeräumt sind.

(Schluß.)

§. 3. Ergeben sich Zweifel in die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben eines Gemeinderaths, so kann das Gericht auch den betreffenden Ortssteuererheber zum Bericht ziehen oder genauere Nachweisung durch Vorlage bereits vorhandener Vermögensverzeichnisse fordern. Eine besondere Vermögensuntersuchung soll für diesen Zweck nicht verlangt werden.

Gegen Gemeinderäthe, welche wider besseres Wissen oder aus offenbarem Leichtsinn unrichtige Vermögenszeugnisse ausstellen, ist mit angemessenen Strafen einzuschreiten.

§. 5. Nach Einkunft der Berichte oder Nachweisungen entscheidet das Gericht über die Bitte um Zulassung zum Armenrecht.

Gegen die Verfügung, wodurch das Gesuch um Zulassung zum Armenrecht abgeschlagen wird, findet nach §. 353 (391 der alten Pr.O.) Beschwerdeführung statt, da der um Zulassung zum Armenrechte nachsuchenden Partei, wenn ihre Beschwerde überhaupt gegründet ist, sonst der Nachtheil zugienge, daß sie den Rechtsstreit nicht fortsetzen könnte.

J.B. n. F. IV. 119.

Die Gegenpartei ist zwar über das Gesuch der Armenpartei nicht zu hören, jedoch ist ihr von dem, die Zulassung zum Armenrecht aussprechenden Beschlusse schon deßhalb Nachricht zu geben, weil dieser auch für sie die Befreiung von der Nothwendigkeit, Stempelpapier zu verwenden, zur Folge hat. Gegen jenen Beschluß kommt ihr zwar ein Rechtsmittel nicht zu,

Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung III. 203.

jedoch wird ihr das Recht zu einer Einsprache zum Zweck der Nachweisung unterlaufener Unrichtigkeiten oder Irrthümer, wenn nicht im fiscalischen Interesse, so doch deßhalb nicht versagt werden können, weil sie durch die Verleihung des Armenrechts an ihren Gegner wenigstens mittelbar in sofern berührt, als durch die Erleichterung seiner Prozeßführung sie nicht nur den Unannehmlichkeiten des Prozessirens überhaupt unterworfen, sondern auch leichter der Gefahr ausgesetzt wird, gegen muthwillige, ja böswillige Ansprüche sich vertheidigen zu müssen.

Diesen Grundsätzen entspricht der zweite Absatz des §. 5 der V.V.O. v. 5. August 1852.

„Eine vorgängige Vernehmung der Gegenpartei findet nicht statt, eben so wenig steht ihr ein Einspracherecht zu. Dem Ermessen des Gerichts ist überlassen, auf ihre Bemerkungen gebührende Rücksicht zu nehmen."

Mißbrauch des Armenrechts war in den Reichsgesetzen mit Strafe bedroht.

C.G.O. v. 1555. Thl. I. Tit. 41. §. 3.
D.A. v. 1600. §. 8 u. 10.

§. 4.

Haben auch Ausländer Anspruch auf Zulassung zum Armenrecht?

Auch Ausländer dürfen unter gewissen Voraussetzungen zum Armenrechte zugelassen werden. Dies gestattet im Einklang mit §. 918 (951) Pr.O. der §. 159 derselben, welcher besagt:

Ausländer werden nur dann zum Armenrechte zugelassen, wenn der Staat, dem sie angehören, den Angehörigen des Großherzogthums die gleiche Begünstigung zu Theil werden läßt.

Hierzu ist in §. 4 der obenerwähnten Vollzugsverordnung vom 5. August 1852 vorgeschrieben:

§. 4. Ausländer, welche die Zulassung zum Armenrecht nachsuchen wollen, haben außer einem den Vorschriften des §. 1 entsprechenden Zeugnisse ihrer Ortsobrigkeit zugleich eine Bescheinigung der zuständigen Behörde darüber beizubringen, daß der Staat, welchem sie angehören, den Angehörigen des Großherzogthums gleichfalls die Vergünstigung des Armenrechts zu Theil werden läßt. Diese Bescheinigung fällt weg, wenn mit dem betreffenden Staate eine Uebereinkunft wegen gegenseitiger Gewährung jener Vergünstigung besteht.

Demzufolge dürfen in Baden zum Armenrechte zugelassen werden:

A. Königlich bayerische Unterthanen, denn zwischen den königlich bayerischen und den großherzoglich badischen Ministerialbehörden ist die Vereinbarung getroffen worden, daß die beiderseitigen Unterthanen bei den Gerichten die Wohlthat des Armenrechts genießen sollen, wenn sie sich durch Zeugnisse ihrer Obrigkeit ausweisen können, daß sie nicht so viel Vermögen oder Einkünfte besitzen, um ohne Schmälerung ihres nothdürftigen Lebensunterhalts die Gerichtskosten zu bezahlen (J.M. v. 20. Okt. 1829, No. 4637; F.A. 1829, No. 90; K.A. No. 90; M.A. No. 91; D.A. No. 91).

J.B. VI. S. 321. 322. III.

B. Großh. hessische Unterthanen.

Großh. Just.M. hat nämlich durch Erlaß vom 25. August 1852, R.Bl. No. 42, S. 409—411 die Gerichtsbehörden angewiesen, großh. hessische Unterthanen künftig unter denselben Voraussetzungen, wie die eigenen Landesangehörigen, zum Armenrechte zuzulassen, und hierbei zur Kenntniß gebracht:

1) Die großh. hessische Verordnung vom 29. Mai 1819, das Armenrecht in der Provinz Rheinhessen betreffend.

Diese Verordnung vom 29. Mai 1819 ist im Amtsblatt für die großh. hessische Provinz Rheinhessen von 1819 No. 94 verkündet und lautet:

Um die Unterthanen in der Provinz Rheinhessen, welche die Prozeßkosten nicht bestreiten können, in den Stand zu setzen, sich gegen Rechtsverletzungen zu schützen, wurde unterm 4. April 1817 verordnet, daß das von der französischen Gesetzgebung nicht gekannte, bei den deutschen Gerichten aber gesetzliche Armenrecht für die Provinz Rheinhessen ebenfalls stattfinden solle.

Damit auch Einwohner der Provinzen Starkenburg und Oberhessen, und eben so Bewohner anderer Staaten, zu diesem Rechte bei den für Rheinhessen bestehenden Gerichten zugelassen werden können, so wird mit allerhöchster Genehmigung verordnet:

Art. 1. Alle wegen Armuth an der Verfolgung ihres Rechtes gehinderten Personen aus den Provinzen Oberhessen und Starkenburg sind von den Gerichten der Provinz Rheinhessen unter den weiter angegebenen Bestimmungen zum Armenrechte zuzulassen.

Art. 2. Um das Armenrecht zu erhalten, muß der Ansuchende ein Zeugniß seines Polizeiamtes der betreffenden Provinzialregierung vorlegen, des Inhalts, daß er Armuthshalber nicht im Stande sei, die Prozeßkosten zu bestreiten. Dieses Zeugniß muß die persönlichen Umstände, die Familien-, Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Ansuchenden und die dadurch begründeten Ursachen seines Unvermögens angeben.

Dasselbe hat sodann die Provinzialregierung zu beglaubigen, worauf es der um Zulassung zum Armenrechte bei einem Gerichte der Provinz Rheinhessen Bittende der Regierung zu Mainz zu übergeben hat, von welcher darunter bemerkt wird, daß von ihrer Seite gegen Ertheilung dieses Rechts nichts zu erinnern sei.

Art. 3. Dieselbe Wohlthat soll den Bewohnern aller andern Staaten, in deren ganzen Umfange für diesseitige Unterthanen dasselbe gilt, zu Theil werden; jedoch müssen die Ausländer sowohl darüber als über ihre Armuth gehörige Bescheinigungen beibringen.

Darmstadt, den 29. Mai 1819.

Großh. hessisches Geheimes Staatsministerium.

(gez.) Frhr. von Lichtenberg. Jaup. Wernher.

Hierzu hat großh. Justizministerium bemerkt, daß nach Art. 4 der Verordnung v. 4. April 1817, der um Zulassung zum Armenrecht bei einem rheinhessischen Gerichte Nachsuchende sich mit dem, seine Armuth beurkundenden, Zeugnisse an den großh. Staatsprocurator bei dem Gerichte erster Instanz zu wenden hat, welcher nach vorher eingeholtem Gutachten der Anwalts-

kammer darüber entscheidet, vorbehaltlich des Rekurses an den großh. Generalstaatsprokurator am Obergericht zu Mainz im Falle eines erfolgenden Abschlags.

Weiter hat das großh. Justizministerium hierbei zur Kenntniß gebracht:

2) folgenden Auszug aus dem großh. hessischen Gesetze vom 29. März 1836, das Armenrecht in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffend,

welches im großh. hessischen Regierungsblatt von 1836 No. 19 verkündet ist:

Ludwig II. von Gottes Gnaden, Großherzog von Hessen und bei Rhein 2c.

Wir haben nach Anhörung Unseres Staatsrathes und mit Beirath und Zustimmung Unserer getreuen Stände verordnet und verordnen:

wie folgt: 2c. 2c. 2c.

Art. 3. Wer veranlaßt ist, als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit zu führen und zum Armenrechte zugelassen sein will, muß dem Gerichte, bei welchem er aufgetreten ist, oder auftreten will, nachweisen, daß er nicht so viel Vermögen besitzt, und auch nicht so viel durch körperliche oder geistige Kräfte, weder jetzt noch im Laufe des Prozesses aufzubringen vermag, als zum Betrieb desselben, neben den nothwendigsten Lebensbedürfnissen für sich und diejenigen, welche er alimentiren muß, erforderlich ist.

Art 4. Das Gericht prüft diese Nachweise, es berücksichtigt nur das vorhandene Vermögen und die Erwerbsquellen, nicht aber etwaige Schulden, es bringt den muthmaßlichen Kostenaufwand in Anschlag und verweigert oder bewilligt das Armenrecht; die Bewilligung geschieht immer nur für einen Rechtsstreit, und auf eine bestimmte, dem Ermessen des Gerichts überlassene, jedoch nie auf längere Zeit als zwei Jahre, nach deren Ablauf von neuem nachzusuchen und zu entscheiden ist; die Bewilligung kann aber auch, so ferne veränderte Vermögens- oder Erwerbsverhältnisse inmittelst eintreten, jederzeit wieder entzogen werden.

C. Herzoglich Nassauische Staatsangehörige.

Der im Reg.Bl. 1853 No. 19 S. 172 erschienene Justizministerialerlaß vom 9. Mai 1853 verordnet:

„Nachdem die herzoglich nassauische Regierung ihre Gerichtsbehörden angewiesen hat, unvermögenden großh. badischen Unterthanen, welche Behufs der Prozeßführung bei einem dortigen Gerichte um das Armenrecht nachsuchen, dasselbe nach gehöriger Bescheinigung ihrer Armuth zu verwilligen, so werden die diesseitigen Gerichtsbehörden, unter Bezug auf §. 159 der Pr.O. und §. 4 der Verordnung vom 5. August v. J. (Reg.Bl. No. 39) angewiesen, herzogl. nassauische Unterthanen künftig unter denselben Voraussetzungen, wie die eigenen Landesangehörigen, zum Armenrechte zuzulassen."

D. K. K. Oesterreichische Unterthanen.

In einem, in den Annalen 1856 (XXIII.) No. 46 IV. S 366 bezeichneten Falle ertheilte das K. K. österreichische Justizministerium am 5. April 1856 die Bestätigung, „daß nach österreichischen Gesetzen auch fremde Staatsangehörige in Rechtsstreitigkeiten, welche sie vor österreichischen Gerichten führen, auf das Armenrecht insofern Anspruch haben, als sie die zur Erlangung des Armenrechts für österreichische Unterthanen vorgeschriebenen Nachweisungen liefern und einem Staate angehören, welcher die österreichischen Unterthanen in Beziehung auf die Erwirkung des Armenrechts in Rechtsstreitigkeiten vor seinen Gerichten, wie die eigenen Unterhanen behandelt. Da nach §. 159 der badischen Pr.O. Ausländer zum Armenrechte zugelassen werden, wenn der Staat, welchem sie angehören, den Angehörigen des Großherzogthums Baden die gleiche Vergünstigung zu Theil werden läßt, so nimmt das Justizministeriam keinen Anstand, noch insbesondere zu bestätigen, daß Unterthanen des Großherzogthums Baden, wenn sie die im solchen Falle für österreichische Unterthanen geforderten Nachweisungen liefern, in Rechtsstreitigkeiten vor österreichischen Gerichten das Armenrecht erwirken können."

E. Königl. würtembergische Staatsangehörige, denn das großh. Justizministerium hat mit Erlaß vom 1. August 1856,

(Reg.Bl. No 31. S. 272.)

bekannt gemacht:

„Nachdem die königlich würtembergische Regierung ihre Gerichtsstellen angewiesen hat, diesseitige Staatsangehörige in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche sie vor würtembergischen Gerichten führen, bezüglich der Zulassung zum Armenrechte den Inländern ganz gleich zu behandeln, so werden die diesseitigen Gerichtsbehörden unter Bezug auf §. 159 der Pr.O. und §. 4 der Verordnung vom 5. August 1852 (Reg.Bl. No. XXXIX.) angewiesen,

königlich würtembergische Staatsangehörige künftig unter denselben Voraussetzungen, wie die eigenen Landesangehörigen, zum Armenrechte zuzulassen.

Durch die Zulassung zum Armenrecht werden Ausländer zudem noch von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung frei.

Der §. 176 der Pr.O. bestimmt nämlich:

> Jeder Ausländer, der als Kläger oder als Hauptintervenient auftritt, oder als Nebenintervenient an den Kläger sich anschließt, muß für den Ersatz der Prozeßkosten, so wie für etwaige Entschädigungen dem Beklagten auf dessen Antrag Sicherheit stellen, in so fern er nicht Liegenschaften oder Gegenstände, welche gesetzlich den unbeweglichen Sachen gleich geachtet werden, im Lande besitzt, deren Werth jene Sicherheit darbietet,

und §. 160 Pr.O. unter Hinweisung auf den §. 176, daß der zum Armenrecht zugelassene Ausländer überdies von der Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten und Entschädigung frei sei.

§. 5.

Wie weit wirkt die Zulassung zum Armenrecht?

Das einer Partei für eine bestimmte Streitsache verliehene Armenrecht ist schon nach gemeinem Recht für andere Streitsachen derselben Partei nicht wirksam, selbst wenn sie demselben Gegner bei demselben Gerichte gegenüberstünde, doch gilt es für alle Instanzen. Schmid a. a. O. S. 210.

Der §. 6 der Vollzugsverordnung vom 5. August 1852 beschränkt aber sogar die Vergünstigung des Armenrechts auf die Instanz, in welcher der Rechtsstreit nach der Verleihung anhängig gemacht wird oder bei der Verleihung bereits anhängig ist. Jener §. 6 verordnet nämlich:

Die Zulassung zum Armenrecht ist nur für den anhängigen Rechtszug wirksam.

Soll die Sache in einen weitern Rechtszug gebracht werden oder ist dies durch den Gegner geschehen, so ist die Bitte um Zulassung zum Armenrecht an das betreffende höhere Gericht zu stellen, welches darüber auf den Grund der früheren oder etwa neu anzuordnenden Erhebungen entscheidet.

Die Bitte ist schriftlich oder mündlich bei dem Untergericht vorzutragen, welches darüber unverweilte Vorlage an das Obergericht zu machen hat. Hatte der Bittsteller nicht in der vordern Instanz schon um das Armenrecht nachgesucht, so hat das Untergericht die oben vorgeschriebenen Berichte zu erheben und gleichfalls vorzulegen.

Wenn die Appellation vor dem Unterrichter verhandelt wird (§. 1185 Prozeßordnung), so behält die frühere Bewilligung des Armenrechts vorläufig ihre Wirkung auch für diese Verhandlung, vorbehaltlich der Entscheidung des Obergerichts nach Einkunft der Akten.

Das Armenrecht kommt als ein persönliches Recht, nur demjenigen zu statten, welchem es verliehen worden ist, nicht auch seinen Erben als solchen. Der wohlhabende Erbe einer armen Partei ist, wenn er den Proceß fortführt und dadurch zu dem seinigen macht, sogar verpflichtet, die der letzteren creditirten Kosten nachzuzahlen.

Vgl. §. 165. (167). 765. (801.) Pr.O. u. L.R.S. 1100. d. e.

Schmid a. a. O. §. 72. S. 210. 211.

Der Visitationsabschied von 1568 enthielt in §. 3 die Bestimmung, daß die Streitgenossen einer Armenpartei die Kosten pro rata zahlen müssen.

Unsere Prozeßordnung spricht nur in Bezug auf den Gegner von sammtverbindlicher Haftbarkeit für den Ersatz der den Streitgenossen zugewiesenen Kosten in §. 97, berührt aber das Verhältniß der Streitgenossen einer Armenpartei gegenüber der Staatskasse und den Gebührenberechtigten nicht. Bei uns wird von einem Abzug des auf die Armenpartei fallenden Antheils an solchen Kosten nicht die Rede sein können, welche ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Streitgenossen in jedem Rechtsstreite erwachsen, z. B. Stempelauslagen, Protokoll- und Urtheilssporteln, Zeugengebühren, Gebühren für Sachverständige u. s. w., sondern das einem Streitgenossen verliehene Armenrecht wird nur dann Wirkung äußern, wenn dieser einzelne für sich Kosten aufzuwenden, beziehungsweise gerichtliche Thätigkeit in Anspruch genommen hat.

In allen übrigen Fällen muß der nach §. 7 des Sp. Ges. bestellte Sportelzahler den Sportel- und Gebührenaufwand bestreiten, beziehungsweise der gemeinschaftlich Bevollmächtigte (§. 95 Pr.O.) den Stempelaufwand, und bleibt beiden überlassen, nach Verhältniß auf die Streitgenossen zurückzugreifen. Stf.

II.

Rückgriffsklage gegen Pfandgerichtsmitglieder wegen zu hoher Schätzung der versetzten Liegenschaften und daher rührender Benachtheiligung des Gläubigers. L.R.S. 2127 a 3.

Pfandschreiberei-Instruktion von 1822 §. 14.
v. Reichlin Meldegg, Anleitung rc. S. 26.

v. Wrede gegen Ungerer.

Drei Landwirthe hatten von der fürstlich v. Wrede'schen Vormundschaft zu Neckarhausen im Jahr 1845 Kapitalien auf Unterpfand dargeliehen erhalten, nämlich:

1) Jakob Schollenberger von Leimen 3700 fl. gegen liegenschaftliche Versicherung von 7405 fl.
2) Martin Trost von Nußloch 3000 fl. gegen ebenmäßige Versicherung und
3) Wilhelm Sickmüller von Nußloch 6050 fl. gegen eine derartige Versicherung von 12,114 fl.

Diese Darlehen sollten zu $4\frac{1}{2}$ pCt. verzinst werden; da aber die Schuldner schon im Jahr 1846 mit Zahlung der Zinsen im Rückstande blieben, so kam es bald zur gerichtlichen Betreibung und am Ende im Jahr 1851 zur zwangsweisen Versteigerung der Unterpfänder, wobei sich die von Wrede'sche Vormundschaft veranlaßt sah, selbst zu steigern. So erstand sie die Unterpfänder des Schollenberger für 3000 fl., des Trost für 3000 fl. und des Sickmüller für 6000 fl., gerieth sonach mit einem großen Theil ihrer Forderungen in Verlust, wofür sie den Rückgriff gegen die Mitglieder des Aülfelder Pfandgerichts nahm, weil diese die Liegenschaften aus Gefährde, jedenfalls aus Fahrlässigkeit zu hoch geschätzt hätten.

Auf den Grund eines im Beweisverfahren erhobenen Gutachtens von Sachverständigen erklärte das unterrichterliche Urtheil die Beklagten unter sammtverbindlicher Haftbarkeit für schuldig, an der eingeklagten Forderung den Betrag von 3345 fl. nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. vom Klagzustellungstage an die klagende Vormundschaft zu zahlen, welch' letztere mit der Mehrforderung (von 698 fl.) abgewiesen worden ist.

Hiergegen appellirten beide Theile, die Beklagten wegen theilweiser Verurtheilung und die Klägerin wegen theilweiser Verwerfung ihres Anspruchs.

Das großh. Hofgericht fand aber die Beschwerde der Klägerin nicht nur nicht begründet, sondern wieß auch noch die Forderung von 3345 fl. aus dem Grunde ab, weil der wesentlichste Theil der Klage, nämlich die behauptete Unrichtigkeit der den Hypotheken von 1845 zur Unterlage dienenden Schätzung nicht hergestellt sei.

In Folge der von der Klägerin eingewandten Oberberufung erging unterm 30. September 1856 eine Beweisauflage und zwar an

A) die klägerische Vormundschaft,

daß die Beklagten die der Klägerin

a) von J. Schollenberger im Juni 1845 für ein Darlehen von 3700 fl.,
b) von M. Trost im Juni 1845 für ein Darlehen von 3000 fl.,
c) von W. Sickmüller im August 1845 für ein Darlehen von 6050 fl.

zum Unterpfand eingesetzten Liegenschaften nicht nach dem geringsten Anschlage der seit Jahr und Tag (von jenen Zeitpunkten der Unterpfandsbestellung an rückwärts gerechnet) in der Gemeinde Aülfeld üblich gewesenen Verkaufspreisen solcher Liegenschaften geschätzt haben, daß vielmehr

zu a) die Liegenschaften des J. Schollenberger statt des Schätzungswerthes von 7405 fl. nur einen Werth von höchstens 3205 fl. (oder wie viel sonst?),
zu b) die Liegenschaften des M. Trost statt des Schätzungswerths von 7405 fl. gleichfalls nur einen Werth von höchstens 3205 fl. (oder wie viel sonst?),
zu c) die Liegenschaften des W. Sickmüller statt des Schätzungswerthes von 12,114 fl. höchstens einen Werth von 7000 fl. (oder wie viel sonst?)

seit Jahr und Tag der oben angeführten Zeitpunkte gehabt haben;

B) die Beklagten:

daß der Werth der Güter in der Gemeinde Aülfeld seit dem unter A. bezeichneten Zeitpunkte der Taxation bis zur Zeit der Versteigerung der bezeichneten Unterpfänder (nämlich den 6. August 1851 bezüglich der Liegenschaften des J. Schollenberger und den 3. November 1851 bezüglich der Liegenschaften des M. Trost und W. Sickmüller) um mehr als das Doppelte (oder wie viel sonst?) gefallen sei.

Auf gepflogene Beweisverhandlungen erfolgte sodann

am 11. Mai l. J. das oberhofgerichtliche Urtheil, wodurch das hofgerichtliche bestätigt wurde.

Entscheidungsgründe.

Durch das diesseitige Beweiserkenntniß vom 30. September 1856 wurde der vorwürfige Rechtsstreit, — dessen thatsächliche und rechtliche Grundlage in den Entscheidungsgründen zu den Urtheilen der vordern Instanzen und zum gedachten Beweiserkenntnisse schon genügend erörtert ist, — auf diejenigen Punkte festgestellt, welche für die Entscheidung der Sache als die maßgebenden zu erachten sind.

Der an beide Theile erfolgten Beweisauflage wurde im Wesentlichen, wie es schon die Natur der zu erweisenden Thatsachen mit sich bringt, durch Berufen auf Urkunden und ein Gutachten Sachverständiger, für welches die Ersteren die Hauptgrundlage zu bilden hatten, zu genügen gesucht, und die angetretenen Beweise wurden auch ordnungsmäßig erhoben. —

Das erhobene Gutachten der beeidigten Sachverständigen muß nun auch als völlig maaßgebend erachtet werden, da den Sachverständigen nicht nur eine, den Begehren der streitenden Theile und den diesseitigen Anordnungen entsprechende Instruction, und zwar der Vorschrift des §. 489 der Pr.O. entsprechend, — in Gegenwart der Vertreter der Partien — ertheilt, sondern auch ihrerseits — wie sich aus dem Gutachten ergibt — den ihnen an die Hand gegebenen Punkten der Begutachtung die Berücksichtigung zu Theil wurde, welche dieselben mit ihrer Ueberzeugung von der wahren Beschaffenheit der Sache vereinbaren zu können glaubten.

Nach dem Ergebnisse des Gutachtens muß nun aber der Klaganspruch für verwerflich erkannt werden.

Darnach ist der Gesammtwerth der von den drei Schuldnern Schollenberger, Trost und Eickmüller der klagenden Vormundschaft für an dieselben verabfolgte Darlehen im Gesammtbetrage von 12,750 fl. eingesetzten Unterpfänder — deren Qualität die Sachverständigen für gleich beschaffen erkennen — zur Zeit ihrer Versetzung im Jahre 1845 zwar nur 26,001 fl. 40 kr. gewesen, während das damalige Pfandgericht denselben zu 26,929 fl. — somit um den Betrag von 927 fl. 20 kr. höher geschätzt hat; — allein nicht nur, daß hiernach die Klagbehauptung: daß der Gesammtwerth der Unterpfänder im Jahre 1845 höchstens in 13,610 fl. bestanden habe, nicht erwiesen ist, so erscheint auch der, durch das Gutachten der Sachverständigen festgestellte Werthunterschied an sich zu unbedeutend, als daß daraus ein ursächlicher Zusammenhang mit dem Schaden ermittelt werden könnte, welcher der Klägerin zugegangen sein soll, und den die Klage auf 4063 fl. berechnet.

Es kann aber auch der klägerische Anspruch um so weniger für begründet erachtet werden, als nach dem Ausspruche der Experten im Jahre 1851 zur Zeit der Veräußerung der Unterpfänder, der Güterwerth überhaupt ungefähr um ein Drittel gegen den Werth derselben im Jahre 1845 gesunken war, der Verlust der Klägerin somit zu einem großen Theile als durch Verhältnisse herbeigeführt angenommen werden muß, die dem Pfandgerichte von 1845 in keiner Weise zur Last gelegt werden können.

Aus diesen Gründen ec. D. R.

III.

Negatorienklage.

1) Dem Einzelnen steht kein Privatrecht auf Benützung eines öffentlichen Wegs zu.
2) Die Entlastungsklage findet nur gegen denjenigen statt, welcher eine Dienstbarkeit auf dem Grundstück des Klägers in Anspruch nimmt.

Probst gegen Metzler.

Einige Waldbesitzer von Uhlingen klagten gegen mehrere Einwohner von Seewangen, welche über das Eigenthum der Ersteren einen Weg zu nehmen pflegten, auf Freiheit ihrer Grundstücke von einer bestehenden Wegdienstbarkeit.

Nachdem die Kläger beim Untergerichte ein obsiegendes Urtheil erwirkt hatten, wurden sie in II. und III. Instanz mit ihrer Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe

zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 25. Mai 1858.

Die vorliegende Klage ist eine sogenannte Negatorienklage. Die Kläger, als Eigenthümer gewisser Waldparcellen, verlangen die Anerkennung der Freiheit ihres Eigenthums von einer Weggerechtigkeit, welche sich nach ihrer Behauptung die Beklagten zum Vortheil ihrer anstoßenden Waldungen über dasselbe anmaßen, ohne hiezu ein Recht zu haben.

Allein nach den Erklärungen, welche die Beklagten insbesondere in der Appellationsbeschwerdschrift abgegeben haben, nehmen sie keinen Privatweg und also keine Grundgerechtigkeit auf das Eigenthum der Kläger für sich, beziehungsweise für ihre anstoßenden Liegenschaften in Anspruch, sondern sie behaupten, daß der in Rede stehende Weg ein öffentlicher sei, dessen Benützung Jedermann und insbesondere den Gemeindeangehörigen von Seewangen zustehe.

Nach den beiliegenden Administrativacten, auf welche sich die Beklagten zum Beweis ihrer Behauptungen berufen, unterligt es auch nicht dem mindesten Zweifel, daß die Gemeinde Seewangen den Weg jeweils als einen öffentlichen Verbindungsweg zwischen den Orten Seewangen und Uhlingen in Anspruch genommen hat, und daß ihr Anspruch von der betreffenden Administrativbehörde fortwährend anerkannt wurde. In einer Reihe von Eingaben begehrte die Gemeinde Seewangen von der Gemeinde Uhlingen die Unterhaltung des Wegs auf Uhlinger Gemarkung und erwirkte bei der Verwaltungsbehörde eine Menge von Verfügungen, wodurch die Gemeinde Uhlingen zur Unterhaltung angewiesen wurde. Alle diese Verfügungen schließen die Anerkennung des Wegs als eines öffentlichen, in sich, denn nur unter dieser Voraussetzung konnte die Administrativbehörde der Gemeinde Uhlingen die Unterhaltung des Wegs aufgeben.

Demungeachtet widersprechen nunmehr die Kläger die Eigenschaft des Wegs als eines öffentlichen und beharren auf ihrer Klage.

Allein soweit solche auf der Behauptung beruht, daß die Beklagten sich ein Dienstbarkeitsrecht auf das klägerische Eigenthum anmaßen, ist sie durch die Erklärungen der Beklagten in Verbindung mit dem angeführten Inhalte der Administrativacten widerlegt, und die Kläger können daher auch nicht die gerichtliche Anerkennung der Freiheit ihres Eigenthums von einer Dienstbarkeit verlangen, welche die Beklagten gar nicht in Anspruch nehmen.

So weit aber in der Klage auch das allgemeine Begehren zu finden ist, daß die Kläger gegen jede Störung in ihrem Eigenthum durch Benützung des über dasselbe führenden Wegs, selbst wenn solcher als ein öffentlicher in Anspruch genommen wird, geschützt werden möchten, erscheinen die hier Belangten nicht als die rechten Beklagten.

Es kann zwar jeder Grundeigenthümer, welcher in seinen Eigenthumsrechten gestört wird, immer unmittelbar gegen den Störer selbst klagen, auch wenn dieser ein Recht zur Störung, z. B. als Pächter von einem Dritten herleitet. Allein in einem solchen Falle kann der Störer nur zur Schadloshaltung angehalten werden, während, wenn über das Recht des Dritten entschieden werden soll, der deßfallsige Streit nur mit diesem selbst ausgetragen werden kann.

In vorliegendem Rechtsstreit verlangen nun die Kläger unzweifelhaft eine Entscheidung über das Recht selbst, und begehren keine Schadloshaltung.

Die Beklagten machen aber durchaus kein eigenes Recht für sich geltend; dem Einzelnen steht kein Recht, wenigstens kein Privatrecht auf Benützung eines öffentlichen Wegs zu. Sie berufen sich lediglich auf das Recht der Gemeinde Seewangen, wenn aber die Kläger die Ansprüche dieser Gemeinde auf den in Frage stehenden Weg bekämpfen wollen, so kann der deßfallsige Streit nur mit der Gemeinde Seewangen und nicht mit den hier belangten Privatpersonen ausgetragen werden.

Mit Recht hat daher schon das großh. Hofgericht angenommen, daß es den Beklagten an der erforderlichen Passivlegitimation fehle 2c.

D. R.

IV.

Stillschweigender Widerruf einer letzten Willensverordnung durch späteres Testament.

W e b e r gegen F l a d.

Die J. Gg. Weber'schen Eheleute zu Heidelberg hatten durch Ehevertrag vom 30. Dezember 1811 festgesetzt, daß Errungenschaftsgemeinschaft unter ihnen gelten, daß das von jedem Theil eingebrachte und während der Ehe ererbte Vermögen gesondert bleiben und der überlebende Theil die lebenslängliche Nutznießung am Vermögen des Verstorbenen haben sollte.

Im Jahr 1857 verstarb der Ehemann kinderlos, mit Hinterlassung von 2 Testamenten, eines öffentlichen vom 13. Februar 1843, und eines eigenhändigen vom 19. November 1855.

In dem e r s t e r e n vermacht der Testator für den Fall, daß sein Antheil an der vorhandenen Masse größer

als jener seiner Ehefrau sein sollte, der Letzteren so viel aus seinem Nachlasse zu Eigenthum, bis sie ihm vollkommen gleich steht und gerade so viel besitzt, als er seinen Erben hinterlasse."

(Am nämlichen Tage war ein ganz gleichlautendes Testament von der Frau zu Gunsten des Mannes errichtet worden.)

In dem andern vermachte der Erblasser dem Waisenhaus in Heidelberg ein Legat von 200 fl. und bedachte mit dem übrigen Vermögen seinen Neffen und gesetzlichen Erben H. Flad, welcher dadurch das ältere Testament von 1843 als widerrufen ansieht, während die Wittwe Weber behauptet, daß beide neben einander bestehen könnten. Der hierüber entstandene Rechtsstreit, worin die Wittwe als Klägerin auftrat und den Vollzug des älteren Testaments begehrte, wurde in allen drei Instanzen zu Gunsten des Beklagten entschieden.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 14. Mai 1858.

In dem Testamente vom 19. November 1855 hat der Testator Johann Georg Weber sich nicht auf die Ernennung seines Erben beschränkt, sondern das bestimmt, was derselbe erhalten soll. Dieses hat er in einer Weise ausgedrückt, welche keinen Zweifel darüber bestehen läßt, daß er demselben sein gesammtes Vermögen mit alleiniger Ausnahme der 200 fl., welche er dem Waisenhaus zu Heidelberg zugedacht hatte, zuwenden wollte. Denn

1) können die Worte „mein übriges Vermögen" nur auf die unmittelbar vorangehende Aussetzung eines Legats bezogen werden, da außer dieser keine andere Verfügung über Vermögenstheile in dem Testament enthalten ist, in dieser Beziehung oder in dem damit ausgedrückten Gegensatze aber läßt sich die Stelle nicht anders als in der angegebenen Weise verstehen;
2) entspricht diese Auslegung allein dem in dem letzten Willen ausgesprochenen Zwecke desselben, über das hinterlassene Vermögen zu verordnen, indem bei einer andern Interpretation die getroffene Bestimmung das gesammte Vermögen nicht umfassen würde;
3) wäre, wenn nicht gerade das hier Angenommene vom Testator beabsichtigt gewesen, die ganze Erbernennung eigentlich ein überflüssiger Akt, da der als Erbe Berufene zugleich der gesetzliche Erbe des Testators ist.

Hat nun aber der Erblasser all sein Vermögen mit alleiniger Ausnahme der erwähnten 200 fl. dem in dem Testament erwähnten Erben zugewendet, so kann allerdings das in einem früheren Testament seiner Ehefrau zugedachte bedingte Vermächtniß nicht mehr als giltig angesehen werden, da solches mit jener in dem jüngsten Testament getroffenen Anordnung nicht zusammen bestehen kann, nämlich nicht vollziehbar ist, wenn der eingesetzte Erbe alles Vermögen, das nach Abzug von 200 fl. übrig bleibt, erhalten soll.

Diese in dem L.R.S. 1036 begründete Folge des errichteten neuesten letzten Willens scheint übrigens auch der Absicht des Testators vollkommen zu entsprechen, da er, obgleich er in dessen Testamente seiner Ehefrau und deren Gerechtsamen gedachte, derselben nur die auf dem Ehevertrag beruhenden, nicht aber auch die in dem früheren Testamente begründeten Rechte vorbehielt.

Hiernach ist die Klägerin durch die Abweisung ihrer Klage, womit sie die Aufrechthaltung des ihr in dem älteren Testamente ausgesetzten Legats gegen den eingesetzten Erben verfolgt, nicht beschwert 2c.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 24.**

I.

Sind Aktiengesellschaften moralische (juristische) Personen?

II.

Vrgl. Annalen No. 19 dieses Jahrgangs.

Es ist schon ausgeführt worden, daß diese Frage nur so aufzufassen ist, ob die Gesellschaft als solche, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten, insoweit diese das Vermögen betreffen, ist oder ob die Gesellschafter, und zwar jeder derselben pro parte sua, als die Subjekte dieser Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen sind? Man kann diese Frage nach zwei Richtungen untersuchen, einmal nach der Natur der Sache, d. h. indem man nur diejenige Verhältnisse berücksichtigt, welche durch die Bildung solcher Gesellschaften erzeugt werden, ohne Rücksicht auf irgend welche positive und gesetzliche Bestimmungen; dann aber auch indem man der Untersuchung ein positives Recht, bei uns also das französische, zu Grund legt. Beide Richtungen der Untersuchung führen bei uns, meiner Meinung nach, zu demselben Resultat.

Betrachten wir zunächst nur die Natur des bei Aktiengesellschaften obwaltenden Verhältnisses, so ist es

1) gewiß, daß kein Gläubiger der Gesellschaft einen oder mehrere Aktionäre auf Bezahlung des auf sie entfallenden Antheils an den Schulden der Gesellschaft belangen kann. Jede solche Klage würde a limine abgewiesen werden, weil kein Aktionär auch nur pro parte für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

2) Ebensowenig würde ein Aktionär über die pars quota an dem Eigenthum der Gesellschaft verfügen können; er kann die Liegenschaften derselben nicht pro parte sua veräußern oder verpfänden, er kann auch nicht eine seinem Antheil entsprechende pars quota an den theilbaren Sachen der Gesellschaft verlangen; Ehefrauen und Minderjährige eines Aktionärs haben kein Unterpfand an der pars quota desselben; seine Gläubiger können nicht ergangene Urtheile auf seine pars quota eintragen lassen, ja sie können nicht einmal im Wege der Vollstreckung auf die pars quota des Aktionärs greifen, was gewiß geschehen könnte, wenn ihm eine solche überhaupt zustehen würde. Hieraus geht demnach hervor, daß kein einzelner Aktonär pro parte sua Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist. Wir müssen daher dieses Subjekt anderwärts suchen und kommen nothwendiger Weise zu der Vorstellung einer Persönlichkeit der Gesellschaft, als Trägerin der Rechte und Verbindlichkeiten. Die Liegenschaften werden daher auf ihren Namen in die Grundbücher eingetragen. Die Gläubiger richten ihre Klage gegen die Gesellschaft, die ihren eigenen Gerichtsstand hat. Vor Gericht erscheinen nicht die einzelnen Aktionäre, sondern die Vertreter der Gesammtheit. Die Urtheile ergehen nicht gegen die einzelnen Aktionäre, sondern gegen die Gesellschaft. Bei der Vollstreckung solcher Urtheile kommt das Eigenthum der Gesellschaft, nicht das der einzelnen Aktionäre zur Veräußerung. Die Gesellschaft kann, wenn ihre Aktiven zur Zahlung ihrer Schulden nicht hinreichen, für zahlungsunfähig erklärt werden. Diese Vergantung hat keine andere Folge für die einzelnen Aktionäre, als daß ihre Aktien werthlos werden. Daran denkt Niemand, daß die Aktionäre für den etwaigen Ausfall haften müßten; es können sogar unter den Gläubigern Aktionäre sein — diese haben gleiche Rechte wie alle andern Gläubiger, bei einem etwaigen Gantvergleich können sie gleich allen andern Gläubigern an der Berathung und Abstimmung Theil nehmen.

3) Die ganze Organisation der Aktien-Gesellschaften so wie die Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung läßt erkennen, daß sie als Persönlichkeiten angesehen

werden und als solche anzusehen sind. Der einzelne Aktionär hat nicht einmal diejenigen Rechte, welche sonst den Gesellschaftern zustehen. So z. B. haben nach Art. 1859 No. 1 des L.R. Gesellschafter vermuthete Vollmacht, für einander Geschäfte zu besorgen — nicht so der Aktionär; nach Art. 1859 No. 2 dürfen Gesellschafter sich der Sachen der Gesellschaft bedienen — nicht so der Aktionär. Dagegen sind gewisse Beamte (Directoren, gérants) angestellt, welche das Vermögen der Gesellschaft verwalten, ihre Geschäfte besorgen und darüber Rechnung ablegen; Andere sind dafür bestellt, die Oberaufsicht über die Geschäftsführung der Directoren zu führen, deren Rechnungen zu prüfen u. s. w. Die Aktionäre erfahren von der Geschäftsführung überhaupt nur so viel, als die Verwaltung ihnen mitzutheilen für gut findet. Kein Aktionär kann Einsicht von den Büchern oder von der Correspondenz nehmen. Will er das Büreau der Gesellschaft besuchen, so ist er dort nicht anders angesehen als irgend ein Fremder.

Das Recht des Aktionärs beschränkt sich, so lange die Gesellschaft besteht, auf die Theilnahme an den Generalversammlungen und auf den Bezug der entfallenden Zinsen oder Dividende. Erst nach der Auflösung der Gesellschaft tritt die Theilhaberschaft in den Vordergrund — das Vermögen wird unter die Aktionäre getheilt, dieß geschieht aber zu einer Zeit, wo mittelst der Auflösung der Gesellschaft die Persönlichkeit aufgehört hat. Sogar in diesem Zustand der Liquidation wirkt die einmal bestandene Persönlichkeit noch in der nämlichen Weise, wie nach dem Tode eines Menschen sein hinterlassenes Vermögen (die hereditas jacens) insolange als selbstständiges Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten angesehen wird, bis mittels Erbschaftsantretung ein neues Subjekt dafür gewonnen ist.

Dieses das Resultat aus der Natur der Verhältnisse, welche vermöge innerer Nothwendigkeit zu dem Prinzip der Persönlichkeit der Aktiengesellschaften hinführen. Wir dürfen uns daher nicht wundern, wenn Troplong in einer Vorrede zu seinem bekannten Commentar über den Gesellschaftsvertrag nachweist, wie schon im Mittelalter dergleichen Gesellschaften als Corporationen, societates collegiatae, universitates u. s. w. vorkamen. In ganz ähnlicher Weise sind auch bei uns solche Gesellschaften in frühern Jahrhunderten gegründet worden, wie z. B. aus den Stiftungsbriefen der Schifferschaften sich nachweisen läßt. Selbst bei den Römern hatten nach Troplongs Ausführung die großen Gesellschaften der Zollpächter (publicani) eine unsern Aktiengesellschaften ähnliche Organisation. Ein magister repräsentirte die Gesellschaft und besorgte ihre Geschäfte; er bestellte promagistri in entfernten Gegenden. Dergleichen Gesellschaften gelangten zu solcher Blüthe und Macht, daß sie eine politische Bedeutung erhielten. In den punischen Kriegen waren sie es, welche die Verproviantirungen der Heere übernahmen, die unter den Scipionen den Karthagern unter Asdrubal in Spanien siegreichen Widerstand leisteten und seine Vereinigung mit Hannibal verhinderten, wodurch Rom aus der größten Gefahr gerettet wurde. Mit dem Wachsthum Roms breiteten sich diese Gesellschaften über die eroberten Provinzen aus, indem sie die Einkünfte derselben pachteten; ihre Geschäfte scheinen eine selbst für unsere Begriffe ungeheure Ausdehnung gehabt zu haben, sie wurden die Quellen der colosalen Reichthümer, von denen uns die Geschichte die auffallendsten Beispiele bewahrt hat. Gerade wegen ihrer großen Bedeutung und wegen des politischen Einflusses, den sie durch ihre Organisation und ihre Reichthümer gewonnen, scheint ihre Constituirung von einer staatlichen Erlaubniß abhängig gemacht worden zu sein, wie dieß von Gajus in l. 1 D. quod cujusque unio (3. 4) bezeugt wird. Proprium est, sagt der römische Jurist von diesen Gesellschaften, ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive Syndicum, per quem tanquam in republica quod communiter agi flerique oporteat, agatur, flat. In diesen Worten ist wohl das, was wir die Persönlichkeit nennen, ausgesprochen. Der Syndikus repräsentirt die Gesellschaft nach allen Richtungen, selbst vor Gericht. Im Mittelalter gelangten die italienischen Städte zu großer Handelsblüthe und es waren abermals Gesellschaften, welche unter dem Namen der Lombarden den Handel über ganz Europa betrieben. Troplong führt einzelne Gesellschaften der Stadt Florenz an, welche unermeßliche Reichthümer sammelten. Unter andern habe die Gesellschaft Bardi und Peruzi dem König Eduard III. von England 1,365,000 Goldgulden geliehen. Diese Reichthümer machten es möglich, die herrlichen Denkmäler der Baukunst in Florenz und Genua auszuführen, welche heute noch die Bewunderung der Beschauer erregen, wie es ja auch bekannt ist, daß die Mediäer, die Beschützer und Förderer der Kunst und Wissenschaft in Florenz, ursprünglich Kaufleute waren. Die Gesellschaften dieser Zeit waren aber mehr das, was wir offene Handelsgesellschaften nennen; ihre Mitglieder hafteten solidarisch. Dagegen bildete sich bei

ihnen die Commandite aus, indem reiche Privatleute Geldeinlagen machten und dafür am Gewinn betheiligt wurden, was nach Troplong's Meinung hauptsächlich den Zinsverboten des kanonischen Rechts zuzuschreiben sein soll, indem durch dieselben die Kapitalisten verhindert waren, in anderer Weise Nutzen aus ihren Kapitalien zu ziehen. Aber gerade bei diesen Gesellschaften bildete sich nach den Ausführungen von Frémery. Etudes du droit commercial. chap. 4. p. 30 die Idee der Persönlichkeit der Handelsgesellschaften überhaupt aus. Dès lors une idée nouvelle fut introduite dans le droit commercial. Une société fut considérée comme un être collectif (corpus mysticum) ayant une volonté, un domicile, des biens, contractant des dettes et des créances. Als Beleg dafür werden die Entscheidungen der rota in Genua. decisio 7 No. 10, dec. 30 No. 5, 104 No. 14, 135 No. 1, 153 No. 3, 166 No. 1, 185 No. 2 angeführt. Das war allgemeines Gewohnheitsrecht, sagt dieser Schriftsteller. Daher sei es denn gekommen, fährt er fort, daß das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise verhaftet war. Creditores societatum mercatorum in rebus et bonis societatum praeferantur. Quibuscunque aliis creditoribus sociorum singulorum, etiam dotibus, hieß es in den Statuten der Stadt Genua l. 4. c. 12 v. 4.

Dieser Grundsatz ist sonach nicht willkürlich erdacht, sondern in innigem Zusammenhang mit der Grundlage des ganzen Instituts, wie sich dasselbe historisch ausgebildet. Bei den französischen Rechtsgelehrten herrscht auch Einstimmigkeit darüber, daß den Handelsgesellschaften überhaupt die Eigenschaft der Persönlichkeit zukomme; die meisten Rechtslehrer nehmen sogar an, daß auch die bürgerlichen Gesellschaften eben so anzusehen seien, worüber man die bei Troplong No. 58 in der Note 6 angeführten Schriften vergleichen kann. Selbst Boileur sagt in seinem bekannten Commentar über das Civilgesetzbuch p. 426: On considère la société sous le code comme un être moral, qui a des intérêts distincts de ceux des coassociés. Diese Ansicht findet auch in dem Gesetzbuch mannichfache Anhaltspunkte. So z. B. sagt Art. 1845: Chaque associé est debiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. Hier ist die Gesellschaft als Gläubigerin der Einlagen, welche die einzelnen Gesellschafter versprochen haben, aufgeführt, mithin betrachtet das Gesetz sie als Rechtsubjekt gegenüber den einzelnen Gesellschaftern. Man könnte hierin nur eine zufällige Ungenauigkeit der Redaktion erblicken, und darum derselben keinen Werth beilegen; ich glaube aber, daß gerade nur diese Redaktion dem Wesen der Sache entspricht. Nehmen wir nämlich an, es hätte von mehreren Gesellschaftern Jeder fl. 100 einzulegen versprochen, und es würde durch ein solches Versprechen keine obligatio gegen die Gesellschaft, sondern gegen die andern Gesellschafter erzeugt, so hätte Jeder derselben an den Andern genau so viel anzusprechen, als er selbst einzulegen hat; Recht und Verbindlichkeit würden sich also vollständig compensiren. Bei zwei Gesellschaftern fordert A an B fl. 100 Einlage, B an A ebensoviel; bei drei und mehr Gesellschaftern tritt genau derselbe Fall ein. Jeder Klage auf das Einbringen der versprochenen Einlage würde daher, insofern alle Einlagen in gleichartigen und vertretbaren Dingen bestehen, eine sie aufhebende Compensations-Einrede entgegengesetzt werden können. Noch eine andere Betrachtung würde der Klage im Wege stehen, wenn man nicht die Gesellschaft, sondern die Gesellschafter, Jeden pro parte sua, als Rechtssubjekt der Einlagen ansieht. Das Einbringen einer Einlage bewirkt alsdann keine vollständige Entäußerung des eingebrachten Gegenstandes, sondern es bleibt die pars quota im Eigenthum des Einbringenden, mithin können die andern Gesellschafter nur auf das Einbringen der pars quota, welche ihnen zufällt, klagen, und es fände somit gar keine Klage auf die ganze Einlage statt. Es wird aber auch die Meinung, als ob durch das Einbringen eines bestimmten Gegenstandes in die Gesellschaft Jeder der Gesellschafter, mithin auch der Einbringende, pro parte sua Eigenthümer des eingebrachten Gegenstandes werde, durch den zweiten Absatz des Art. 1845 widerlegt. Die Uebersetzung dieses Absatzes in unserm Landrecht lautet: „Besteht das Einbringen in einem bestimmten Stück, dessen die Gesellschaft entwährt wird, so ist ihr der Gesellschafter gleich einem Verkäufer zur Gewährleistung verbunden." Das Gesetz stellt hier den Einbringenden dem Verkäufer gleich — er haftet nicht blos für den Antheil der andern Gesellschafter, sondern für das ganze eingebrachte Stück: dieses ist in das Eigenthum der Gesellschaft übergegangen, sonst könnte es ihr nicht entwährt werden. Hierin liegt aber schon die vollständige Rechtfertigung der Persönlichkeit der Gesellschaften. Alle Einlagen gehen in das Eigenthum der Gesellschaft über, jeder Gesellschafter haftet ihr für Entwährung. Das Versprechen einer Einlage erzeugt eine obligatio gegen

die Gesellschaft, welche Namens derselben von einem oder mehreren Gesellschaftern geltend gemacht wird. Daran schließt Art. 1846 ganz folgerecht die Verbindlichkeit des Säumigen zur Verzinsung der versprochenen aber nicht eingebrachten Einlage. Wem soll er Zinsen zahlen? Den übrigen Gesellschaftern? Dieser Verbindlichkeit würde er genügen, wenn er Jedem die ihn treffende Quote zahlen würde, von seiner eigenen Quote müßte er dann keine Zinsen zahlen. Aber das Gesetz verlangt die Zinsen der ganzen Summe, mithin ist diese auch nicht pro parte quota Eigenthum des Einbringenden oder eines andern Gesellschafters, sondern einer dritten Person, der Gesellschaft. Der zweite Absatz des Art. 1846 legt dem Gesellschafter, welcher Summen aus der caisse sociale genommen hat, die Verbindlichkeit zur Verzinsung derselben auf. Der Ausdruck caisse sociale entspricht der Idee der Persönlichkeit der Gesellschaften; unser Landrecht hat dagegen den Ausdruck „gemeinschaftliche Kasse“ gewählt, welcher mehr dem Gedanken einer communio Raum gibt. Es wird aber hieraus schwerlich argumentirt werden können, daß unser Landrecht hierdurch die Grundidee des franz. Gesetzbuchs zurückweisen wollte, da Brauer in seinen Anmerkungen zu diesem Artikel sich des Ausdrucks „Gesellschaftskasse“ bedient. Art. 1848 behandelt den Fall, da Einer der Gesellschafter Geld von seinem Schuldner erhebt, welcher zugleich Schuldner der Gesellschaft ist: „Die gezahlte Summe soll verhältnißmäßig auf die Forderung des Gesellschafters und auf die der Gesellschaft abgerechnet werden, wenn auch die Leistung auf die Forderung des einzelnen Gesellschafters lautete. War aber für die Forderung der Gesellschaft quittirt, so behält es dabei sein Bewenden.“ Hier wird also die Forderung des einzelnen Gesellschafters der Forderung der Gesammtheit gegenüber gestellt, mithin anerkannt, daß die Gesammtheit ein von den einzelnen Personen getrenntes Rechtssubjekt ist, dessen Interessen mit dem der Einzelnen in Collision kommen können. Damit stimmt freilich Art. 1849 nicht überein, welcher von einer gemeinschaftlichen Forderung spricht, an welcher ein Gesellschafter seinen Antheil erhoben habe; wird der Schuldner später zahlungsunfähig, so muß das Erhobene in die gemeinschaftliche Masse eingelegt werden, selbst wenn die Quittung auf den Antheil des Empfängers lautete. Diese Fassung läßt sich durchaus nicht unter der Idee der Persönlichkeit der Gesellschaft vereinigen; denn so lange diese besteht, können die Forderungen derselben nicht als pro parte unter die Gesellschafter getheilt angesehen werden. Art 1849 geht daher ganz im Gegensatz mit den vorausgehenden Artikeln von der Idee einer communio aus, bei welcher jeder einzelne Gegenstand unter den Theilhabern getheilt ist. Art. 577 b. a.

Dagegen gehen die Art. 1850, 51 und 52 wieder von dem Gedanken der Persönlichkeit der Gesellschaften aus: „Jeder Gesellschafter muß der Gesellschaft jeden Schaden ersetzen, welchen er ihr durch sein Verschulden zuzieht, sagt Art. 1850; er kann daran den Gewinn, welchen er ihr anderwärts verschafft, nicht abrechnen.“ Der umgekehrte Fall ist in Art. 1852 vorgesehen: „Jeder Gesellschafter hat Klagrecht wider die Gesellschaft wegen der Summen, welche er für sie auslegt, wegen der Verbindlichkeit, welche er in ihren Angelegenheiten übernommen hat, und wegen der von seiner Geschäftsführung unzertrennlichen Gefahren.“

Hier ist demnach die Gesellschaft Subjekt sowohl der Rechte wie der Verbindlichkeiten, sie kann Schadenersatz von dem Gesellschafter wegen seiner culposen Handlungen verlangen; er kann gegen sie auf Ersatz seiner Auslagen u. s. w. klagen. Nach dem System der communio, von welchem Art. 1849 auszugehen scheint, würden die andern Gesellschafter ihren Antheil an dem Schaden, welchen ein Gesellschafter veranlaßt hat, gegen diesen einklagen und umgekehrt würden sie von diesem auf den antheilmäßigen Ersatz seiner Auslagen verklagt werden müssen. vrgl. Art. 577 b. c.

Zu Art. 1851 macht Boileux die Bemerkung, ihm liege der Satz zu Grund: res perit domino. Werden Sachen in die Gesellschaft eingebracht, so fragt sich, wer wird Eigenthümer derselben? Die Gesellschaft, als Rechtssubjekt gedacht, oder die Gesellschafter? Es ist schon oben erwähnt, daß aus Art. 1845 hervorgeht, daß der Gesetzgeber annimmt, die Gesellschaft werde Eigenthümer der eingelegten Sachen. Damit stimmt Art. 1851 vollkommen überein, indem hier verfügt wird, sie habe die Gefahr für alle eingebrachten Sachen zu tragen, welche sich durch den Gebrauch verzehren, oder welche die Bestimmung haben, verkauft zu werden oder welche auf den Grund einer Schätzung eingebracht worden sind. Ist dagegen nur der Genuß solcher Sachen, die sich nicht durch den Gebrauch verzehren, eingebracht worden, so bleiben sie auf Gefahr des Eigenthümers (de l'associé propriétaire).

Dieser Gegensatz läßt gar keinen Zweifel darüber,

daß man sowie im letzten Fall den Gesellschafter so im ersten die Gesellschaft als Eigenthümer der eingebrachten Sachen ansah. Dieses wird noch bestätigt durch Art. 1859 No. 2, welcher jedem Gesellschafter erlaubt, sich der Sachen der Gesellschaft (des choses appartenant à la société) zu bedienen, jedoch nur zu üblichem Gebrauch und nicht gegen den Vortheil der Gesellschaft; sowohl der französische Text wie die Uebersetzung in unserem Landrecht deutet auf ein Eigenthum der Gesellschaft. Art. 1859 No. 3 spricht ebenfalls von den Sachen der Gesellschaft (des choses de la société), zu deren Erhaltung alle Gesellschafter beizutragen verbunden sind; endlich Art. 1859 No. 4 von den immeubles dépendans de la société, welcher Ausdruck in unserm Landrecht mit „gemeinschaftlichen Liegenschaften" wiedergegeben ist, wodurch allerdings eine Zweideutigkeit entsteht. Dagegen ist der Ausdruck des Art. 1860 les choses mobilières, qui dépendent de la société in unserm Text durch „die beweglichen Sachen der Gesellschaft" wiedergegeben, ein Ausdruck, welcher deutlich auf ein Eigenthum der Gesellschaft deutet. Man darf wohl aus der Uebereinstimmung so vieler Bestimmungen den Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber von dem Grundgedanken ausging, das Eigenthum aller Einlagen, sowie der Vermehrung gehe auf die Gesellschaft, als selbstständiges Rechtssubjekt über. Was nun die Verbindlichkeit betrifft, so spricht Art. 1861 wohl von dettes sociales, Gesellschaftsschulden oder Schulden der Gesellschaft (unser Landrecht nennt sie gemeinschaftliche Schulden), jedoch nur in negativer Weise, d. h. um zu verfügen, daß die Gesellschafter nicht solidarisch für dieselben zu haften haben. Es ist aber für unsern Zweck genügend, wenn das Gesetz überhaupt nur Gesellschaftsschulden anerkennt, d. h. wenn aus dem Gesetz hervorgeht, daß der Gesellschaft als einem gedachten Rechtssubjekt, Verbindlichkeiten obliegen können.

Freilich geht dieß schon aus Art. 1852 hervor, wo gesagt ist, daß jeder Gesellschafter ein Klagrecht wider die Gesellschaft wegen der für sie gemachten Auslagen hat u. s. w. und wir können gewiß den Schluß ziehen, daß dritten Personen, welchen gegenüber die Gesellschaft in rechtsgültiger Form verpflichtet worden ist, dieselbe Klage wie dem Gesellschafter zustehen muß. Gleichwohl ist es auffallend, daß die Art. 1862—64 wohl von der Haftung der Gesellschafter, dritten Personen gegenüber aber keineswegs von der Haftung der Gesellschaft, als einer selbstständigen Person, welcher nach den vorausgehenden Artikeln ein eigenthümliches Vermögen zukommen kann, handelt. Unter welchen Voraussetzungen kann auf dieses Vermögen gegriffen werden? Das war wohl die Frage, deren Beantwortung zunächst zu erwarten war. Man kann daher daraus, daß das Gesetz hierüber die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Gesellschafter haften müssen, ein Argument dafür herleiten wollen, daß der Gesetzgeber überhaupt keine Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern nur der Gesellschafter anerkenne. Dem kann aber sowohl Art. 1852 wie auch der Ausdruck dettes sociales in Art. 1862 entgegengehalten werden. Endlich handelt auch Art. 1864 von dem Fall, wenn eine Verbindlichkeit für Rechnung der Gesellschaft eingegangen wird, ein Fall, der nothwendig das Bestehen einer Persönlichkeit, für welche eine Verbindlichkeit eingegangen wird, voraussetzt. Der Gesetzgeber hat daher wohl eine fühlbare Lücke gelassen, welche vielleicht daher rührt, daß er sich über das Prinzip nicht vollkommen klar geworden ist, er hat aber in den Art. 1862—64 nichts festgesetzt, was dem Prinzip widerspricht, sondern hat dieses nebenbei anerkannt. Der Doktrin dürfte es aber nicht schwer fallen, die vorhandene Lücke dahin zu ergänzen, daß die Gesellschaft in allen Fällen verpflichtet wird, wenn Jemand, der mit hinreichender Vollmacht versehen war oder dessen Handlungen hinterher genehmigt wurden, für sie oder Namens ihrer gehandelt hat. Aus Art. 1864 wird weiter gefolgert werden dürfen, daß sie auch durch die Handlungen eines Nichtbevollmächtigten verpflichtet wird, insoweit diese ihr zum Nutzen gereichen.

Wir sehen daher in der Gesellschaft ein Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten und das ist zunächst hinreichend, um eine juristische Persönlichkeit zu constituiren. Diese kann vor Gericht klagend auftreten und belangt werden; sie muß daher einen eigenen Gerichtstand haben und diesen hat ihr sowohl der code de procédure Art. 59 wie unsere Pr.O. §. 17 angewiesen, ohne zwischen bürgerlichen und Handelsgesellschaften zu unterscheiden. Hierin liegt wohl die Anerkennung, daß Gesellschaften überhaupt personae standi in judicio sind, daß Urtheile, welche gegen eine Gesellschaft ergangen sind, richterliches Unterpfand gewähren und daher auf deren Liegenschaften eingetragen werden können, daß auch die Vollstreckung solcher Urtheile bis zur vollen Befriedigung gegen das Vermögen der Gesellschaft gerichtet, daß bei etwaiger

Vermögensunzulänglichkeit das Gantverfahren gegen dieselbe eingeleitet werden kann, wobei übrigens die einzelnen Gesellschafter nur pro parte zu haften haben.

Wenn hiernach schon bürgerliche Gesellschaften als Persönlichkeiten erscheinen, so muß dies umsomehr von Handelsgesellschaften gelten und kann bei den anonymen Gesellschaften keinem begründeten Zweifel unterliegen, weil bei diesen sonst gar kein Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten vorhanden wäre.

Dr. Ladenburg.

II.

1) Findet L.R.S. 695 auch auf Gülten Anwendung? Muß das Anerkenntniß die Existenz der Gült vor 1810 umfassen?

2) Kann das Zugeständniß der Gültpflicht in einem Bereine als ein Anerkenntniß im Sinne des L.R.S. 695 auch alsdann angesehen werden, wenn der Berein durch Ablauf von 30 Jahren seine Beweiskraft (L.R.S. 710 f. c.) verloren hat?

3) Ist alsdann die Existenz eines solchen Anerkenntnisses in anderer Weise, z. B. durch Zugeständniß, erweisbar?

4) Unterbricht die Entrichtung der Gült nach dem Berein den Lauf der dreißig Jahre, nach deren Verfluß der Berein seine Beweiskraft verlieren soll?

5) Sind Intercallarrechnungen Hausaufzeichnungen im Sinne des L.R.S. 1331 gleich zu achten?

Oberhofg. Jahrb. n. F. VI. S. 550—556.
Annal. XV. S. 35; XVI. S. 383; XX. S. 206; XXI. S. 12.

So selten die Gültprozesse, früher eine Zeit lang eine ständige Rubrik in den hofgerichtlichen Tagesordnungen, jetzt auch geworden sind, so tauchen doch beinahe jedes Mal, wenn eine Gült bestritten wird, die alten Streitfragen aufs neue wieder empor, und die entgegengesetzten Ansichten finden wieder ihre Vertheidiger. Darum dürfte es angemessen sein, die Entscheidungen der Gerichtshöfe über solche Streitfragen auch jetzt noch zu veröffentlichen. Hiezu bietet der Rechtsstreit der Pfarrei Sasbach gegen Anton Rettig und andere Eigenthümer von Liegenschaften in der Gemarkung Lauf passende Veranlassung. In diesem Rechtsstreite waren die Mitglieder des urtheilenden Senates des mittelrheinischen Hofgerichtes verschiedener Ansicht. Die Mehrheit entschied für Anerkennung der Gültpflicht, die Minderheit für Abweisung der Klage. Das großh. Oberhofgericht trat der letzteren Ansicht bei.

Die Pfarrei Sasbach beanspruchte das Gültrecht auf einer Anzahl Güter in der Gemarkung Lauf. Es hatte nämlich im Jahre 1383 Konrad Reublin, Chorkönig des Stiftes Straßburg eine Schenkung errichtet, wodurch er verschiedene ihm zugehörige Bezüge von Gülten und Bodenzinsen zur Gründung und Erhöhung der Dotation der Pfarrei Sasbach übeewies. Es ist auch unbestritten, daß von verschiedenen Güterbesitzern in Lauf Gülten der Pfarrei entrichtet wurden.

Im Jahre 1847 verweigerten jedoch Anton Rettig und Andere die Gült, welche die Pfarrei von ihren Gütern forderte. Die Pfarrei belangte sie deßhalb. Sie stützte ihre Klage auf den oben erwähnten Act vom Jahre 1383; auf die Behauptung, daß die Pfarrei von diesem Jahre an bis 1847 von den Liegenschaften der Beklagten die angesprochene Gült ununterbrochen und ungestört bezogen habe, ihr Gültrecht daher „durch verjährten Besitz gedeckt“ sei (L.R.S. 710); ferner darauf, daß die Gültbereine jeweils in gesetzlicher Frist, letztmals am 17. August 1825 erneuert, und das Bezugsrecht der Pfarrei ausdrücklich und urkundlich anerkannt worden sei.

Die Beklagten bestritten diese (und andere hier nicht interessante) Behauptungen in der Klage, und trugen verschiedene Einreden vor, von welchen eine als hier erheblich mitgetheilt wird. Sie sagen nämlich: eine Anerkennung sei durch Irrthum geschehen, und werde hierdurch angefochten. Die Gült sei nämlich nicht 1383, sondern viel später, und nur deßhalb constituirt worden, weil Lauf keine eigene Kirche gehabt habe, und deßhalb von den Einwohnern Laufs der Frühgottesdienst in Sasbach besucht worden sei. Seit 70 Jahren besitze Lauf eine eigene Kirche, und die zu Sasbach werde von den Einwohnern Laufs nicht mehr besucht. Damit sei der Verpflichtungsgrund zur Gültleistung weggefallen. Die etwaige Zahlung oder Anerkennung sei daher in der irrigen Unterstellung einer Verpflichtung geschehen. Das Amt Bühl wies nach gepflogenen Verhandlungen die Klage ab. Das mittelrheinische Hofgericht verurtheilte

die Beklagten zur Anerkennung des Gültrechts, und Zahlung der rückständigen Zinsen. Es lauten dessen

Entscheidungsgründe

also: „— — — Durch dieses (abweisende) Urtheil hält sich die Klägerin für beschwert, und zwar mit Recht.

Insoweit die Klage auf die Urkunde von 1383 als selbstständigen Rechtstitel, auf die unvordenkliche Verjährung, und auf die Urkunde vom 17. August 1825 als Berein gestützt wird, erscheint das unterrichterliche Urtheil zwar allerdings gerechtfertigt. Denn wenn gleich die Beweiskraft der Urkunde von 1383, obschon solche nur in beglaubigter Abschrift und Uebersetzung vorliegt, nicht bestritten werden kann, da dieselbe von einem kaiserlichen Notar unter Beidruckung seines Siegels beglaubigt ist, und alle Merkmale einer alten archivarischen Urkunde an sich trägt; so enthält diese Urkunde doch nichts über die Constituirung der Gült, sondern nur die Uebertragung der bereits constituirten Gülten von dem Chorkönige des Stiftes Straßburg an die Pfarrei Sasbach. Zur Herstellung der unvordenklichen Verjährung ist diese Urkunde aber ebenfalls nicht geeignet, da die darin enthaltene Beschreibung der gültpflichtigen Güter nach so langer Zeit auf die Liegenschaften nach ihrer jetzigen Begränzung natürlich nicht mehr passen kann. — — — Auch der Zeugenbeweis, welcher direkt die unvordenkliche Uebung des Gültrechts darthun sollte, ist vollständig mißglückt. — — — Insoweit endlich auf die Urkunde vom 17. August 1825 in ihrer Eigenschaft als Berein die Klage begründet wurde, ist solche hinfällig, weil dieselbe erst am 19. August 1855 eingereicht worden ist, somit zu einem Zeitpunkte, in welchem diese Urkunde als Berein nach L.R.S. 710 b. c. ihre Beweiskraft verloren hatte.

Die Klage ist aber auch auf die Behauptung gegründet:

„Daß das Bezugsrecht der Pfarrei, und die Größe „der einzelnen Gülten von den Besitzern ausdrücklich „und urkundlich anerkannt worden sei."

Eine solche Begründung entspricht dem Gesetze jedenfalls unter der Voraussetzung, daß durch das Anerkenntniß nicht eine neue Gült geschaffen, sondern dadurch dem Berechtigten gegenüber die Fortdauer einer bestehenden, alten Gült zugesichert werden soll. So wie das Gesetz es zuläßt, daß bei Dienstbarkeiten, deren Erwerb durch Verjährung es verbietet, bei dem Mangel des ursprünglichen Titels derselbe durch ein Anerkenntniß ersetzt werde, — L.R.S. 695 —, so hat der Gesetzgeber den gleichen Grundsatz schon dadurch anerkannt, daß er die Fortdauer bestehender Gülten durch von Zeit zu Zeit zu erneuernde Rechtsurkunden (Bereine) beweislich gemacht haben will, die ihrem ganzen, überall in gleicher Weise abgefaßten Inhalte nach etwas Anderes nicht enthalten, als ein Anerkenntniß des Bestehens der Gültpflicht ohne Rücksicht darauf, wie die Gült entstanden ist, und ob dieses Anerkenntniß die Erfordernisse des L.R.S. 1337 hat, oder nicht. Schon daraus muß entnommen werden, daß L.R.S. 695 auch auf Gülten anwendbar ist, und daß er dann um so mehr anwendbar sein muß, wenn eine Gült als eine längst bestehende anerkannt wird, da der Gesetzgeber solche Gülten ausdrücklich gewährt. L.R.S. 710 f. b.

Ein solches Anerkenntniß haben die Beklagten am 17. August 1825 abgelegt. Die darüber sprechende Urkunde ist zwar, wie bereits oben erwähnt, als Beweisurkunde erloschen. Damit hat aber das Anerkenntniß selbst seine Kraft nicht verloren, und wenn solches auf andere Weise als durch die erloschene Urkunde bewiesen werden kann, so muß dieser Beweis den Mangel des ursprünglichen Rechtstitels eben so ersetzen, wie ihn die Urkunde ersetzt haben würde, wenn 30 Jahre seit ihrer Abfassung am Tage der Klageerhebung noch nicht umflossen gewesen wären. Diesen Beweis haben die Beklagten selbst durch das von ihnen in der Vernehmlassung abgelegte Geständniß geliefert. (Folgt nun der hierhergehörige Theil der Vernehmlassung über das Anerkenntniß in dem Berein). — Damit ist deutlich genug der ganze Vorgang, der bei Erneuerung der Gült am 17. August 1825 statt hatte, und damit das Anerkenntniß der damals, und zwar als längst bestehender, vor Ablauf des Termins der Verjährung, der Erneuerung bedürftig bezeichneter Gülten vollkommen bewiesen. L.R.S. 1356. —

Daß das durch die erwähnten Geständnisse bewiesene Anerkenntniß auch nicht das Constituiren einer neuen, sondern nur die Fortdauer einer alten, längst bestehenden Gült zum Gegenstande hatte, geht aus einer weiteren Stelle der Vernehmlassung hervor, in welcher der Anwalt der Beklagten es versucht, das ausdrückliche Anerkenntniß und das in der längst bestehenden Uebung der Gültzahlung enthaltene stillschweigende Anerkenntniß zu beseitigen. Er sagt nämlich dort (folgen nun die Worte der Vernehmlassung, in welchen die oben erwähnte Einrede

vorgetragen worden ist): — — „Hieraus geht also hervor, daß ein solcher Verpflichtungsgrund zur Verabreichung der Gülten, und die Verabreichung selbst, seit langen Zeiten existirt hat; und wenn gleich dieses weitere Zugeständniß nur in der Form einer Einrede vorgetragen worden ist, so muß es doch jedenfalls die früheren Zugeständnisse wesentlich unterstützen. Eine solche Unterstützung muß auch in der obenerwähnten Urkunde, deren Inhalt dahin geht, daß gerade zur Fundation der Kirche in Sasbach die darin benannten Gülten eingetragen worden sind, — so wie in den Aussagen der einvernommenen Zeugen, deren wenigstens einer sagt, daß schon vor 1810 Gülten an die Klägerin von einzelnen der als gültpflichtig in Anspruch genommenen Gütern entrichtet worden sind, gefunden werden. Es ist ferner nicht zu verkennen, daß die Fortentrichtung der Gülten von wenigstens 1833 bis 1847, welche durch die Intercallarrechnungen (die keineswegs einseitige Aufzeichnungen der Pfarrei enthalten, sondern für den Hauptinteeimsfond durch besondere Verwalter geführt werden), und durch die anderen Zeugen bewiesen wurden, in Verbindung mit den andern bereits benannten Beweismitteln eine bedeutende Vermuthung dafür begründen, daß die Fortentrichtung der Gülten nur eine Fortsetzung der früher bereits gereichten bildete. — — —"

Das großh. Oberhofgericht hob das hofgerichtliche Urtheil auf und stellte das amtliche wieder her, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

„Daß die Klage insoweit unbegründet ist, als sie sich auf die Urkunde vom Jahr 1383, auf unvordenkliche Verjährung und auf den Verein vom 17. August 1825 stützt, ist bereits in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen, auf welche hiermit verwiesen wird, ausgeführt.

Die Verjährung der Beweiskraft jenes Vereins in Gemäßheit des L.R.S. 710 fc kann auch nicht durch die Entrichtung der Gülten bis zum Jahre 1847 unterbrochen erscheinen, indem diese Entrichtung nur die Verjährung des Gültrechts zu unterbrechen geeignet war.

Brauer, Erläuterungen IV. S 322 No. 42.

Ebenso unerheblich ist das in der Vernehmlassung auf die Klage enthaltene Zugeständniß, daß das angesprochene Gültrecht in dem Vereine vom August 1825 von Seiten der Beklagten oder deren Rechtsvorfahrer anerkannt wurde.

Wenn L.R.S. 710 fc besagt, daß ein Gültverein durch dreißigjährigen Zeitverlauf seine Beweiskraft verliert, so ist damit bestimmt, daß das in einem Vereine enthaltene Anerkenntniß des Gültrechts ungültig sein solle, wenn der Verein über dreißig Jahre alt ist. Denn unter dem Erlöschen der Beweiskraft einer Urkunde kann nur die Unwirksamkeit der darin bezeugten, der Urkunde allein einen Werth verleihenden Willenserklärung verstanden werden. Ist aber ein Anerkenntniß des Gültrechts in einem über dreißig Jahre alten Vereine unwirksam, so kann es nicht weiter darauf ankommen, ob dasselbe im Prozesse zugestanden oder bestritten wurde. Was von dem durch öffentliche Urkunde vollbeweisenden Anerkenntnisse gilt, muß auch vom zugestandenen gelten, insofern es sich auf Ersteres bezieht. — —"

Ottendorff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 25.

I.

Noch einige Worte über die Streitfrage wegen der Competenz der Gerichte in Rechtspolizeisachen.

Während man der Lösung dieser Streitfrage im Wege der Gesetzgebung sehnsüchtig entgegensieht, wird in No. 21 dieselbe von Neuem aufgegriffen, und nachzuweisen versucht, daß eine Meinungsverschiedenheit eigentlich gar nicht bestehen könne, weil das Gesetz klar spreche. Die Tendenz dieses Aufsatzes scheint nach seinem Inhalte und nach mehrfachen anderen Indicien gegen ein Provisorium gerichtet zu sein, und der Verfasser hat sich so sehr in sein Product verliebt, daß er es für ausgemacht hält, das Oberhofgericht werde in zukünftigen Fällen, d. h. nach dem Erscheinen seines Aufsatzes nur nach seiner Meinung entscheiden können. Für diesen hohen Beruf der Bekehrung ungläubiger Seelen ist aber schon der äußere Bau dieses Kindleins nicht sehr geeignet. Wir wollen es übrigens des Näheren betrachten.

Nach dem Stand der Controverse kommt es auf zwei Fragen an, nämlich:

1. Wer ist nach dem Inhalt des Organisations-Edicts vom 26. November 1809 als competent zur Behandlung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten?

2. Sind die Bestimmungen des Organisations-Edicts durch das zweite Einführungs-Edict wieder aufgehoben worden?

Das Oberhofgericht hat die Ansicht ausgesprochen, daß nach dem Organisations-Edict den Gerichten alle Competenz in derartigen Sachen entzogen und den Verwaltungsbehörden zugetheilt sei, und daß in dem zweiten Einführungs-Edict keine Aufhebung oder Abänderung dieser Bestimmung liege, auch um so weniger darin gefunden werden könne, als die daraus hervorgehende Vertheilung dieser Geschäfte eine höchst seltsame und unpractische Bestimmung wäre, die man dem Gesetzgeber nicht zutrauen könne. Das großh. Staatsministerium hat in seinee bekannten Entscheidung das Erstere nicht angenommen, und deßhalb fiel die Beantwortung der zweiten Frage von selbst weg. Das Obergutachten in No. 21 läßt nicht klar erkennen, was es von der ersten Frage hält, bemüht sich abee um so mehr, zu zeigen, daß das Organisations-Edict jedenfalls durch das II. Einführungs-Edict, resp. durch das Landrecht abgeändert sei. Der Verfasser ließ dabei ganz unberührt, welche Auslegung im Resultat verständiger sei, denn es scheint ihm völlig Nebensache zu sein, nach einem vernünftigen Resultat zu streben. Indem wir zur Widerlegung dieser Deduction übergehen, bemerken wir, daß wir nur die Hauptpunkte ins Auge fassen, und das übergehen, was uns nicht der Rede werth scheint.

Zu 1. Die entscheidenden Stellen des Organisations-Edicts sind folgende:

a) Der §. 9 sagt: „der Wirkungskreis des Oberhofgerichts und der Hofgerichte erhellt aus Lit. E. — In keinem andern Theile der Staatsverwaltung wird den Hofgerichten eine Einwirkung gestattet. Es wäre also nachzuweisen, daß in der Beilage E. den Hofgerichten die freiwillige Gerichtsbarkeit oder einzelne Geschäfte derselben zugetheilt sind. Kann man dieses nicht, so ist es auch nicht möglich, die Aemter in ihrer Eigenschaft als Richterbehörden zu diesen Geschäften als competent zu erachten, denn der Rechtszug von einer Richterbehörde an eine Verwaltungsbehörde wäre ein Unding. Nun kann aber Alles, was die Beilage E. von bürgerlichen Rechtssachen spricht, augenscheinlich nur auf Civilprozesse bezogen werden. Hiermit in Verbindung steht

b) der §. 27, welcher die den Aemtern vorgesetzten Behörden bezeichnet, und in dieser Beziehung sagt: „Diese (vorgesetzte Behörde) ist das einschlagende Hofgericht, wenn es sich von einer streitigen Rechts- oder Criminaljustizsache oder von Auflösung geschlossener Ehen handelt, und das Kreisdirectorium, wenn von einem Gegenstande der administrativen Verwaltung, worunter alles Uebrige mit Einschluß der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört, die Frage ist."

c) Eine weitere Stelle ist endlich der §. 20, welcher die jurisdictio voluntaria ohne Ausnahme den Aemtern zuweist, und zwar in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörden, wie man nach §. 27 und nach andern Stellen, welche die Kreisdirectorien in dieser Beziehung als die höhere Instanz bezeichnen, nicht wird läugnen wollen. Hiernach ist die Competenz sowohl als die Nichtcompetenz in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit klar und unzweideutig bestimmt. Man braucht nur noch zu wissen, was streitige bürgerliche Rechtssachen und was nichtstreitige, d. h. Gegenstände der streitigen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit sind.

In dieser Beziehung finden wir nun die Behauptung in No. 21 „auch die Sachen der willkürlichen Gerichtsbarkeit können streitig sein oder seien streitige Sachen, sofern sie sich nicht im Zustande der Ruhe befinden." Diese Behauptung, so wie die Berufung auf ein Herkommen, welches obigem Gesetze entgegenstehen soll, bedürfen für Juristen, die auch nur nothdürftig gebildet sind, keiner Widerlegung. Sie sind nur geeignet, die Unsicherheit ihres Verfassers in den Anfangsgründen der Rechtswissenschaft darzulegen, denn jeder Candidat muß wissen, daß die bürgerlichen Rechtssachen in zwei scharf getrennte Gegensätze getheilt werden, in Civilprozeßsachen, welche ihre festbestimmten Merkmale haben, und in nicht streitige Rechtssachen, welche, wenn auch Uneinigkeiten und Widersprüche der Interessenten dabei vorkommen mögen, doch die bekannten Merkmale der Civilprozeßsachen nicht an sich tragen, und eben deßhalb der nicht streitigen Gerichtsbarkeit angehören. Es erscheint deßhalb als baare contradictio in adjecto, die Gegenstände der nicht streitigen Gerichtsbarkeit zu den streitigen bürgerlichen Rechtssachen zu zählen. Es muß ferner jeder Candidat wissen, daß ein Gewohnheitsrecht mit derogatorischer Kraft aus den Quellen unseres Civilrechts verbannt ist.

Zu 2. Bei der Einführung des C. N. war die Organisation und Competenz der Behörden, wie sie der C. N. voraussetzt, eine Hauptschwierigkeit für den Gesetzgeber. Es beschäftigt sich damit der Art. III des I. Einführungs-Edicts und man erkennt daraus, wie aus der Uebersetzung selbst die ursprüngliche Absicht, Alles nach dem C. N. einzurichten, die bestehenden Untergerichte aber als diejenigen Gerichtsstellen beizubehalten, an welche der C. N. die bürgerlichen Rechtssachen verweist. Da von vielen Seiten Bedenken hiegegen erhoben wurden, wie es uns im II. Einführungs-Edict gesagt wird, so änderte der Gesetzgeber seinen Willen. Er ließ ein neues Organisations-Edict und zu gleicher Zeit oder doch in unmittelbarer Folge ein zweites Einführungs-Edict ausarbeiten. Das erste bestimmt den Wirkungskreis sämmtlicher Staatsbehörden und kam also auch auf die streitige und nicht streitige Gerichtsbarkeit. So gewiß nun der Gesetzgeber bei dieser Arbeit Kenntniß von der vorausgegangenen Publication des Landrechts und seines Inhalts hatte, so gewiß war es seine Absicht, damit das Landrecht und zugleich das I. Einf.-Edict abzuändern. Er hat aber diese Absicht im Org.-Edict aus dem natürlichen Grunde nicht ausdrücklich ausgesprochen, weil das Org.-Edict nicht blos diesen, sondern einen weitumfassenderen, mit dem Landrecht in keiner Verbindung stehenden Zweck hatte. Dagegen sprach er sich hierüber vollkommen deutlich im II. Einf.-Edict aus, obwohl dieses nicht einmal nöthig gewesen wäre, weil das Org.-Edict auch ohne diese Erwähnung die Wirkung geäußert hätte, die einem jüngeren Gesetz gegenüber dem älteren zukommt.

Das II. Einf.-Edict schließt sich in seinen Bestimmungen dem Org.-Edict vollkommen an, führt es gleichsam im Einzelnen aus und nur weil es bei dieser Ausführung gewisse einzelne Consequenzen zu ziehen unterlassen hat, ist die Streitfrage entstanden. Daß aus diesem Schweigen allein die gegentheilige Ansicht nicht gefolgert werden kann, scheint die Nummer 21 einzusehen. Es kommt aber dabei noch weiter in Betracht, daß eine Aenderung des Org.-Edicts in der Weise, wie sie behauptet wird, ein auffallendes Räthsel wäre, weil das Org.-Edict ja kaum aus der Hand des Gesetzgebers gekommen war und die Basis des II. Einf.-Edicts bildete, weil ferner das Resultat dieser Aenderung als ein unverständiges erschiene und eine solche Aenderung gewiß mit deutlichen Worten ausgesprochen worden wäre, wenn sie in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hätte.

Demnach ist wohl nichts einfacher und natürlicher, als beide Gesetze, nämlich das Org.-Edict und das II. Einf.-Edict miteinander und nebeneinander zur Anwendung zu bringen, wie man überhaupt jeden Grundsatz und die einzelnen Folgen daraus, diese mögen noch besonders im Gesetze ausgesprochen sein oder nicht, mit und neben einander zur Anwendung bringt. Einer Seits wird dadurch Harmonie in die Gesetzgebung gebracht, und anderer Seits dem Willen des Gesetzgebers entsprochen, welcher beide Gesetze hinsichtlich ihrer Wirksamkeit ausdrücklich auf gleiche Linie stellt und nicht als collidirende, sondern als harmonirende Gesetze behandelt wissen will.

Diese natürliche und einfache Anschauung soll nun mit Argumenten beseitigt werden, die wir nur als Rabulisterei bezeichnen können.

Das zweite Einführungs-Edict bestimmt wörtlich:

1) Vom 1. Jenner 1810 an wird die für Unser Großherzogthum als Landrecht verkündete officielle Uebersetzung des Code Napoléon unter den hier nachfolgenden Bestimmungen als allgemein verbindliches Civilgesetzbuch erklärt.

2) Es bleibt bei den Anordnungen Unseres jener Uebersetzung vorangedruckten Edicts vom 3. Februar d. J. soweit sie nicht durch das Nachstehende und durch Unser Organisations-Edict vom 26. November 1809 modificirt sind.

Es wird nun gesagt:

a) Das Organisations-Edict derogire nach diesem Absatz 2 nur dem I. Einführungs Edict, nicht aber dem Landrecht.

b) Das Landrecht sei gegenüber dem Organisations-Edict vermöge dieser neuen und zweiten Publication das jüngere Gesetz, denn die erste Publication sei als nicht geschehen zu betrachten. Als jüngeres Gesetz aber derogire es, so weit es im zweiten Einführungs Edict nicht abgeändert sei, dem Organisations Edict, nicht aber umgekehrt das Organisations-Edict dem Landrecht.

c) So sei die Sache von einer unbestrittenen Praxis stets behandelt worden, und endlich habe

d) der Gesetzgeber seinen Willen durch das Sportelgesetz zu erkennen gegeben.

Hiergegen ist zu bemerken:

Möglicherweise könnte der Gesetzgeber, der ein abgeändertes Gesetz wiederherstellen will, dieses allerdings in der Weise ausführen, daß er das ältere Gesetz für das jüngere, und das jüngere Gesetz für das ältere anzusehen befiehlt. Er würde dadurch nicht nur seinen Zweck juristisch erreichen, sondern zugleich seine Neigung zu komischen Einfällen an den Tag legen. Es handelt sich aber hier um eine zu ernste Sache, als daß man auf diese kindische Fiction verfallen könnte, vermöge welcher eine wirklich erfolgte Publication als nicht geschehen oder als später geschehen betrachtet werden müßte. Zudem aber verweist ja der Gesetzgeber ausdrücklich auf die frühere Publication und seinen dabei ausgesprochenen Willen. Er behandelt sie als factisch und juristisch vollzogen, somit als wirksam, soweit er nicht für gut findet, diese Wirksamkeit zu lindern.

Das Alter des Gesetzes, d. h. die Erklärung des Gesetzgebers, daß der C. N. als Civilrecht gelten soll, wie er nach der Uebersetzung vorliegt, ist sohin nach der Publication, nicht aber nach der Republication die eigentlich nur eine neue Zeitbestimmung für den Anfang seiner Verbindlichkeit ist, zu berechnen und jedenfalls würde das, was in dieser Weise vom Landrecht und seiner Publikation gesagt ist, auch wieder vom Org.Ed. gelten, weil auch dieses Gesetz im II. Einf.Ed. wiederholt für wirksam erklärt ist.

Die Behauptung, daß die derogatorische Kraft, welche der Gesetzgeber dem Org.Ed. beigelegt hat, sich nur auf das I. Einf.Ed. und nicht auf das Landrecht selbst beziehe und daß aus diesem Grunde das Landrecht vorgehe, ist eine leere Spitzfindigkeit, denn soweit das Org.Ed. mit dem Landrecht im Widerspruche steht, ist es auch im Widerspruche mit dem I. Einf.Ed., es modificirt dessen allgemeine Erklärung, daß der C. N. in allen Theilen so, wie er übersetzt und gedruckt vorliegt, Gesetzeskraft haben soll und modificirt den Art III. jenes Edicts insbesondere, welcher von der Organisation handelt.

Die Praxis hat bei uns ebensowenig Bedeutung, wie das Gewohnheitsrecht, und außerdem existirt eine solche gar nicht.

Die Thatsache, daß die Aemter, sei es durch den einen oder andern Beamten, die fraglichen Geschäfte besorgt haben, ist durchaus unerheblich, denn es waren und blieben ja immer die Bezirksämter, welche die Obrigkeit vorstellten und diese Bezirksämter waren Richter- und Verwaltungsstellen zugleich. In den sehr seltenen Fällen, wo derartige Gegenstände an die Hofgerichte gelangten — gewiß gelangten mehr an die Kreisdirectorien und Regie-

rungen — wurde fast regelmäßig über die Competenz gestritten und bald so bald anders entschieden, wie man aus den Annalen ersehen kann. (Vergl. z. B. 1838. S. 209.) Unter den noch seltenern Fällen, wo derartige Sachen an das Oberhofgericht gelangten, sind nur solche bekannt, wo die Frage der Competenz bezweifelt oder verneint wurde.

Das Sportelgesetz, welches in Verbindung mit der Praxis ein Herkommen bilden soll (!), ist in dieser Angelegenheit ein höchst unschuldiges Gesetz und die Berufung auf dasselbe ist ebenso unglücklich, wie die auf das Gesetz von 1835, wo man bekanntlich aus dem Worte „gerichtliche Ermächtigung" die Competenz der Gerichte ableiten wollte, wie wenn sie keine gerichtliche Ermächtigung mehr wäre, wenn die Verwaltungsbehörden die nicht streitige Gerichtsbarkeit haben.

Das Sportelgesetz hatte, das wird man zugeben, weder die Aufgabe noch die Absicht, Streitfragen über die Competenz zu entscheiden. Wenn es nun einerseits dieses nicht thun, andererseits aber auch das Sportuliren für keinen Fall vergessen wollte, was mußte vernünftiger Weise geschehen? Es mußte einfach thun, was es gethan hat, nämlich die Sporteln für alle Fälle bestimmen und der Streitfrage ihren Lauf lassen. Der Sportelansatz berechtigt also nicht zur Unterstellung einer bestimmten Ansicht des Gesetzgebers, wohl aber berechtigt dazu die bürgerl. Pr.O. aus den bekannten Gründen.

Erwägt man nun schließlich, daß die Anstrengungen der Nummer 21 nur den Zweck haben, ein Ergebniß der Auslegung zu rechtfertigen, das Jedermann mit gesundem Verstande als unzweckmäßig anerkennen muß, so bleibt nur zu bedauern, daß diese Streitfrage in einer solchen Weise und in dem Augenblicke wieder aufgegriffen worden ist, wo man deren Lösung im Wege der Gesetzgebung aus den besten Gründen allgemein wünscht und erwartet *)

*) Nach der Lage dieser Sache könnte ein Prerisorium nur etwa dann umgangen werden, wenn man mit Bestimmtheit voraussehen könnte, wie die Gerichte, und insbesondere das Oberhofgericht die Frage in Zukunft entscheiden werden. Das ist aber unmöglich. Den Gerichten ist durch Satz 5 des L.R. verboten, sich hierüber im Voraus und im Allgemeinen auszusprechen, resp. zu binden. (Vergl. Zachariä I. Bd. S. 91 Note 5.) Auch würde eine solche Erklärung noch keine sichere Bürgschaft für die Zukunft sein.

II.

Entscheidungen in Wechselsachen.

Wechsel in laufender Rechnung.

(Vergl Annalen von 1847 S. 148 u. f.)

Wenn ein Kaufmann dem andern, mit welchem er in laufender Rechnung steht, Wechsel zusendet (remittirt), so werden sie dem Remittenten in der laufenden Rechnung gutgeschrieben; werden aber die Wechsel bei Verfall nicht bezahlt, so werden sie nebst Protestkosten, Retourspesen u. s. w. wieder belastet. Pardessus No. 476. Es kann darüber kein Zweifel obwalten, weil derjenige, welcher Wechsel ausstellt oder indossirt, für die Zahlung am Verfalltag, sowohl nach französischem wie nach deutschem Wechselrecht, haften muß.

Wenn aber der Remittent vor dem Verfall der übersendeten Wechsel zahlungsunfähig wird, so entsteht die Frage, ob auch in diesem Fall die später protestirten Wechsel belastet werden dürfen? Man sollte glauben, daß diese Frage kaum streitig werden könnte. Denn die Verbindlichkeit, für die Zahlung der ausgestellten oder indossirten Wechsel zu haften, ist eine Folge der Ausstellung oder Indossirung eines Wechsels, entsteht daher zu der Zeit, da ein Wechsel ausgestellt oder indossirt wird. Die nachher erfolgende Zahlungsunfähigkeit kann diese Verbindlichkeit nicht wieder aufheben; sobald daher durch den Protest erwiesen wird, daß ein vom Cridar vor der Zahlungsunfähigkeit ausgestellter oder indossirter Wechsel nicht bezahlt worden ist, ist dieser zu dessen Einlösung verbunden, er darf daher für den Betrag sammt Nebenkosten belastet werden. Diese Ansicht ist aber in Frankreich nicht ohne Anfechtung geblieben, und zwar deßhalb, weil dort der Grundsatz gilt, daß die laufende Rechnung zwischen zwei Handelsleuten am Tag, da der Eine zahlungsunfähig wird, abgeschlossen werden muß, und daß später entstehende Forderungen das Resultat des Abschlusses nicht mehr ändern können. Boulay-Paty, des Faillites No. 109. Pardessus No. 1125. Da nun aber die Anwendung dieses Grundsatzes auf unsern Fall zu einer offenbaren Ungerechtigkeit führt, so hat man die Ansicht aufgestellt, die Gutschrift der Wechsel in laufender Rechnung geschehe nach allgemeinem Handelsgebrauch nur „vorbehaltlich des Eingangs, sauf encaissement."

Der Cassationshof von Frankreich hat auch zweimal,

nämlich den 15. Januar 1823 und den 20. Dez. 1837 so entschieden.

Sirey, 1838. 1. 46.

Aber schon im Jahr 1838 verließ er diese Ansicht und gab noch im Jahr 1846 eine Entscheidung im entgegengesetzten Sinn (Sirey, 1846. 1. 593), welche in den Annalen von 1847 S. 148 mitgetheilt wurde. Diese Entscheidung wurde jedoch von Devilleneuve, dem Herausgeber des Sammelwerks von Sirey in einer Note zu dem angeführten Urtheil scharf angegriffen, ebenso von Massé Traité de droit. comm. No. 391. Auch sahen die Appellationsgerichte keineswegs dieses Urtheil als bindendes Präjudiz an, blieben vielmehr der frühern Ansicht des Cassationshofs treu. Die betreffenden Urtheile sind in den Annalen l. c. angeführt. Im Jahr 1849 erging nun abermals ein Urtheil des Appellhofs von Paris im Sinn der frühern Ansicht des Cassationshofs,

Sirey, 1849. 2. 300,

gegen welches das Rechtsmittel der Cassation ergriffen wurde, und es kam nun darauf an, ob dieser Gerichtshof seiner neuern Ansicht treu bleiben oder zur frühern zurückkehren werde. In seinem Urtheil vom 10. März 1852 verwarf er das Cassationsgesuch und erklärte somit seine Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Apellhofs von Paris.

Sirey, 1852. 1. 259—261.

Der wesentliche Inhalt der Entscheidungsgründe ist dieser: Es steht fest, daß unter den Partieen eine laufende Rechnung bestand; da nun nach den Bestimmungen der Art. 1135 und 1160 des Civilgesetzbuchs man in den Verträgen diejenigen Gedinge, welche der Brauch mit sich bringt, suppliren soll, so muß man auch in der laufenden Rechnung das selbstverständliche Geding unterstellen, daß derjenige, welcher Wechsel zur Gutschrift in laufender Rechnung erhält, sie nur unter der Voraussetzung ihrer künftigen Zahlung annimmt, daß daher die Gutschrift in der Rechnung nur als provisorisch und bedingt zu betrachten ist, mithin für diejenigen Wechsel, welche bei Verfall nicht bezahlt werden, in der Weise aufgehoben werden kann, daß der Betrag belastet wird; dieser Belastung steht auch nicht der Grundsatz des Art. 443 u. ff. des Handelsgesetzbuchs entgegen, wonach das Ganterkenntniß die Vermögenslage des Verganteten ein- für allemal fixirt, und keine Compensation der Summen, welche Jemand dem Gantmann schuldet, mit den Summen, welche dieser später schuldig werden könnte, zuläßt, weil dieser Grundsatz der Vollziehung der Verträge in der Weise, wie sie eingegangen wurden, nicht im Wege stehen, und daher eine nur bedingte Gutschrift nicht zu einer unbedingten machen kann. Ebensowenig steht Art. 136 des Handelsgesetzbuchs, nach welchem das Eigenthum an einem Wechsel durch das Indossament übertragen wird, entgegen, weil derselbe die Parthieen nicht hindert, die Verabredung zu treffen, daß derjenige, an welchen ein Wechsel indossirt wird, erst dann den Betrag schulden soll, wenn der Wechsel bei Verfall bezahlt wird u. s. w.

Es ist namentlich dies letzte Argument von Bedeutung, weil das Urtheil vom Jahr 1846 seine Entscheidung gerade darauf stützte, daß nach Art. 136 des code de c. das Eigenthum an Wechseln mittels des Indossaments definitiv übertragen wird, mithin der Werth dafür auch sofort definitiv gutzuschreiben ist. Wenn man aber in Gemäßheit des Art. 1160 des Civ.Ges.B. die Clausel „vorbehaltlich des Eingangs" als allgemein üblich unterstellt, so ist allerdings die Gutschrift nur provisorisch bis zu der Zeit, da es sich entschieden hat, ob der Wechsel bezahlt wird oder nicht.

Dieser Ansicht ist auch außer Pardessus, Massé, Devilleneuve, welche schon oben angeführt sind,

Dellamarre et Lepoitvin, Contrat de commission. t. 2. No. 496.

Auch der Cassationshof hatte in demselben Jahr noch mehrmals Gelegenheit, seine Ansicht über die beregte Frage auszusprechen, und zwar in folgenden Fällen:

1) Tilhard und Despéroux standen miteinander in Rechnung. Den 11. März 1846 wurde T. zahlungsunfähig erklärt; die an diesem Tage abgeschlossene Rechnung ergab ein Guthaben des Cridars von 1387 Franken; dagegen hatte D. noch unverfallene Wechsel des Cridars im Belauf von 5643 Franken, welche diesem in der Rechnung gut geschrieben waren. D. meldete diese in der Gant eventuell, d. h. für den Fall, wenn sie nicht bezahlt werden sollten, an; seine eventuelle Forderung wurde anerkannt. Nun trat aber der Masseverwalter (syndic) gegen ihn auf und verlangte die Zahlung der 1387 Franken, welche der Abschluß der Rechnung ergab, wogegen er einwendete, daß in der Rechnung verschiedene Wechsel gutgeschrieben seien, deren Zahlung nicht erfolgt sei, weßhalb diese wieder belastet werden müßten; dadurch verschwinde der Saldo von 1387 Franken vollständig, es ergebe sich statt dessen ein Saldo zu seinen Gunsten.

Der Massevertreter erwiederte, die Belastung der nicht bezahlten Wechsel sei eine Compensation einer später erwachsenen Forderung mit einer am Tag der Ganterklärung vorhandenen Schuld, welche nicht zulässig sei.

Das Handelsgericht verwarf mittels Urtheil vom 16. August 1849 die Klage des Massevertreters, weil es Handelsgebrauch sei, nicht verfallene Wechsel nur „vorbehaltlich des Eingangs," d. h. unter dem Vorbehalt, daß sie seiner Zeit bezahlt werden, gutzuschreiben, und weil, wenn auch dieser Vorbehalt nicht ausdrücklich von D. gemacht worden sei, er nach Art. 1160 unterstellt werden müsse, indem er der Natur des Verhältnisses, welches unter den Partieen existirte, durchaus entspreche u. s. w.

Das gegen dieses Erkenntniß ergriffene Rechtsmittel der Cassation wurde verworfen.

Sirey 1852. 1. 261—62.

2) de Thésac hatte eine laufende Rechnung bei Lacombe père et fils; diese wurden den 15. November 1845 für zahlungsunfähig erklärt. Um diese Zeit hatte de Thésac Wechsel im Belauf von 18,500 Franken von Lacombe père et fils in Handen, welche bei Verfall nicht bezahlt worden waren; er war daher Gläubiger für den Wechselbetrag sammt Kosten zusammen 18,570 Franken. Dagegen hatte er, wie es scheint, an Lacombe père et fils eigene Wechsel für 23,000 Franken gegeben, deren Zahlung der Massevertreter von ihm verlangte. Er hätte darauf einfach erwiedern können, er habe 18,570 Franken zu fordern, welche an den 23,000 Franken abgehen, weßhalb er nur noch 4430 Franken schuldig sei. Allein hierin liegt die Einrede der Compensation, welche nach den Grundsätzen des franz. Rechts in Ganten nicht zugelassen wird, wie dies schon oben angedeutet ist. de Thésac mußte daher ein anderes Vertheidigungssystem wählen; er führte aus, daß die von L. ihm indossirten Wechsel im Betrag von 18,500 Franken, welche seiner Rechnung belastet wurden, zu streichen seien, weil sie bei Verfall nicht bezahlt wurden. Denn die Belastung sei nur unter der Bedingung geschehen, daß die Wechsel bei Verfall bezahlt würden, da aber die Bedingung nicht eingetreten, so müsse seine Rechnung für den gleichen Betrag wieder entlastet werden. Das Handelsgericht erkannte den 6. August 1849 diesem Antrag gemäß, weil nach Handelsgebrauch das Haus Lacombe die an de Thésac gegebenen Wechsel nur dann belasten konnte, wenn sie wirklich bezahlt wurden, die frühere Belastung daher nur als eine provisorische betrachtet werden kann, welche ihren Grund lediglich in der Form der kaufmännischen Buchführung hat u. s. w.

Dieses Erkenntniß wurde auf ergriffene Appellation von dem Appellhof in Toulouse den 31. Mai 1851 unter Adoptirung der Entscheidungsgründe bestätigt; die hiergegen ergriffene Cassation durch Urtheil vom 26. Juli 1852 verworfen.

Sirey 1852. 1. 611—13.

Die Entscheidungsgründe sind kurz und lauten:

In Erwägung, daß das angegriffene Urtheil dadurch daß es nach Prüfung der Bücher und unter Berücksichtigung der besondern Umstände entschieden hat, die streitigen Wechsel könnten, wiewohl regelmäßig indossirt, nach Handelsgebrauch und nach der Intention der Parteien nur provisorisch, der Ordnung wegen, belastet werden, keineswegs den Art. 136 verletzt hat, indem dieses Gesetz dann eine Ausnahme erleidet, wenn die Partieen ausdrücklich oder stillschweigend verabredet haben, daß die gegenseitig gemachten Rimessen nur vorbehaltlich des Eingangs gutgebracht werden sollen;

In Erwägung, daß die Frage über Zulässigkeit der Compensation nothwendig mit der Frage zusammenhängt, ob die Rimessen, um die es sich handelt, definitiv oder nur provisorisch gut zu bringen waren, und daher nach denselben Prinzipien zu entscheiden ist, wird das Rechtsmittel unterworfen u. s. w.

Es ist keine Frage, daß bei uns ebenso entschieden worden wäre, und zwar in Folge der Compensationseinrede, welche der Beklagte nach unserm Recht nicht verhindert ist, vorzuschützen. Er hatte Wechsel von Lacombe, welche bei Verfall nicht bezahlt wurden, wegen deren er daher den Rückgriff nehmen konnte. Waren auch diese Wechsel erst nach dem Gantausbruch fällig, so hat doch die Verbindlichkeit des Lacombe, für die Zahlung dieser Wechsel zu haften, schon vor dem Gantausbruch bestanden — der Rückgriff ist nur eine Folge dieser ältern Verbindlichkeit.

So lange die Wechsel nicht fällig sind, weiß man allerdings nicht, ob aus dieser Verbindlichkeit ein Anspruch erwachsen wird. Es ist dieses aber durchaus der nemliche Fall, wie wenn der Cridar für eine nach dem Gantausbruch fällige Schuld eines Andern Bürgschaft geleistet hätte: wird die Schuld nicht bezahlt, so kann der Gläubiger in Folge der Bürgschaft gegen die Gantmasse klagen. Diese Klage ist allerdings erst nach dem Gantausbruch

existent geworden, aber in Folge einer Verbindlichkeit, welche vor dem Gantausbruch bestand. Man kann dergleichen Verbindlichkeiten als bedingte auffassen: der Cridar haftet für ausgestellte und indossirte Wechsel, wenn sie bei Verfall nicht bezahlt und gehörig protestirt werden. Ebenso haftet der Bürge, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt. Tritt die Bedingung ein, so wirkt sie rückwärts auf den Anfang des Geschäfts (Art. 1179), d. h. die Sache wird so angesehen, als sei die Verbindlichkeit gleich anfangs eine unbedingte gewesen.

Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts. 4. Ausg. §. 302.

Nur so ist es möglich, für bedingte Verbindlichkeiten eine Hypothek zu bestellen. Soll diese von dem Tag der Bestellung an, dritten Gläubigern gegenüber, wirksam sein, so muß eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung in der Weise, als wenn die Verbindlichkeit unbedingt gewesen wäre, unterstellt werden. Dasselbe gilt ohne Zweifel auch in Ganten. Nehmen wir z. B. an, Jemand habe seinem Sohn bei einem Banquier einen Credit eröffnen lassen und diesem zur Sicherheit eine Hypothek bestellt. Zahlt der Sohn nicht, so muß der Vater dafür aufkommen; seine Verbindlichkeit kann daher als bedingte aufgefaßt werden. Wenn nun Vater und Sohn in Gant gerathen, so wird der Banquier die ihm bestellte Hypothek von dem Datum ihrer Bestellung an geltend machen können, wenn auch die Schuld des Sohnes späteren Ursprungs ist.

In gleicher Weise ist, wenn der Cridar vor dem Gantausbruch Wechsel ausgestellt oder indossirt hat, welche erst nach dem Gantausbruch fällig aber nicht bezahlt werden, nach Art. 1179 des Civ.G.B. die daraus hervorgehende Forderung so anzusehen, als habe sie schon am Tag der Ausstellung oder Indossirung der Wechsel bestanden, mithin müßte selbst nach den Grundsätzen des franz. Rechts die Compensation zugelassen werden. Bei uns unterliegt die Compensation in diesem Fall keinem Anstand, wie das großh. Oberhofgericht in der Sache Löwenthal gegen Hoffmann entschieden hat.

Dr. Ladenburg.

III.

Condictio sine causa.

1) **Die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit ist keine Zahlung zur Ungebühr.**
2) **Die Rückforderung einer solchen Zahlung findet daher nicht statt.**

Karlsruhe gegen Fiscus.

Zufolge rechtskräftiger Urtheile liegt dem großh. Fiscus hinsichtlich der zweiten Stadtschule zu Karlsruhe die Baupflicht ob, welche sich zugleich auf die Wohnungen der für diese Schule erforderlichen Lehrer erstreckt. Das Maas dieser Verpflichtung richtet sich nach dem jeweiligen Bedürfniß der Schule, für welche in der Zeit, um die es sich hier handelt, unbezweifelt 2 Hauptlehrer und 1 Unterlehrer nöthig waren.

In Gemäßheit eines Erkenntnisses des großh. Ministeriums des Innern vom 20. September 1839 hat nun der Fiscus für diese 3 Lehrer 10 Jahre hindurch jährlich 250 fl. und für einen Unterlehrer an der Mädchenschule jährlich 50 fl. als Miethzinsentschädigung an die Stadtkasse bezahlt.

Jenes Erkenntniß wurde aber später, auf den vom großh. Fiscus nachträglich ergriffenen Recurs, durch eine Entscheidung des großh. Staatsraths vom 29. Dezember 1845 aufgehoben.

Als nun die Stadt Karlsruhe die Rückvergütung verschiedener von ihr bezahlter Miethzinse gegen den großh. Fiscus einklagte, erhob derselbe eine Widerklage, womit die nach obigem während 10 Jahren an die Stadtkasse bezahlte Miethzinsentschädigung im Betrage von 3000 fl. zurückgefordert wurde, weil der ursprünglich vorhanden gewesene Rechtsgrund der Zahlung (das Ministerialerkenntniß vom 20. September 1839) in der Folge, und zwar erst nach geleisteter Zahlung, weggefallen und mithin diese sine causa geleistet sei.

Der Widerkläger unterlag jedoch in allen 3 Instanzen mit diesem Anspruch. Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 25. Mai l. J. enthalten darüber folgendes:

„Allein mit Recht haben schon die Richter der vordern Instanzen diese Widerklage des Fiscus als unbegründet angesehen und deßhalb abgewiesen. Der Rechtsgrund der von ihm geleisteten Zahlungen lag nicht in dem Administrativ Erkenntnisse, sondern in der ihm obliegenden Bau-

pflicht, welche die Administrativbehörde bei Erlassung ihres Erkenntnisses als unbestritten annahm. Als solche von ihm bestritten wurde, hat der großh. Staatsrath das Administrativerkenntniß, als incompetent erlassen, allerdings aufgehoben und die bestrittene Frage über die Baupflicht zu den Lehrerwohnungen vor den Civilrichter verwiesen. Damit wurde aber nicht die Baupflicht selbst aufgehoben, welche hier als der Grund der geleisteten Zahlungen erscheint. Dieser Grund wäre nur dann weg gefallen, wenn die hiezu allein competente Behörde, nämlich der Civilrichter, seine Baufreiheit ausgesprochen hätte. Dies ist aber nicht geschehen, im Gegentheil ist wenigstens hinsichtlich der zweiten Stadtschule durch das oberhofgerichtliche Urtheil vom 28. September 1852 erkannt, daß der Widerkläger auch zu den Lehrerwohnungen je nach dem Bedürfniß der Schule baupflichtig sei. Nach dem Gesetz vom 28. August 1835 waren auch an der zweiten Stadtschule in Carlsruhe in den Jahren 1836—1846 zwei Hauptlehrer und ein Unterlehrer nöthig, und der großh. Fiscus hat daher nicht mehr gethan, als seine Baupflicht erfüllt, wenn er für diese zwei Hauptlehrer und den Unterlehrer die Miethzinsentschädigung bezahlt hat. Die Rückforderung der Miethzinsentschädigung von 500 fl., welche der Fiscus für einen Unterlehrer an der Mädchenschule bezahlt hat, entbehrt nach Obigem ebenfalls der Begründung, denn der Widerkläger behauptet in dieser Beziehung durchaus nicht, daß er nicht baupflichtig sei; ohne diesen Nachweis ist aber auch nicht dargethan, daß er zur Ungebühr oder ohne Grund bezahlt habe.

Die Beschwerde des großh. Fiscus gegen die Abweisung seiner Widerklage, soweit damit der Betrag von 3000 fl gefordert wird, ist daher unbegründet ꝛc."

D. R.

IV.

Einrede der entschiedenen Sache.

Decker gegen Bürk.

Erst kürzlich sind in diesen Blättern zwei Rechtsfälle mitgetheilt worden, in welchen die Einrede der entschiedenen Sache die Abweisung der Klage, wiewohl aus verschiedenen Gründen, herbeigeführt hat. Annalen XXV. 128 und 136.

In dem gegenwärtigen Falle siegte der Kläger, weil die nämliche Einrede für unbegründet erachtet wurde.

Bekanntlich hat der Bürge zweierlei Klagen gegen den Hauptschuldner. L.R.S. 2028 und 2032. Der Kläger, welcher sich für die Beklagte verbürgt hatte, belangte nun dieselbe zuerst auf Schadloshaltung; damit rechtskräftig abgewiesen, erhob derselbe später eine Rückgriffsklage, welcher die Beklagte die Einrede der entschiedenen Sache entgegenhielt, jedoch vergebens, indem sie von den Gerichten aller 3 Instanzen zur Zahlung verurtheilt worden ist.

Entscheidungsgründe

zum oberhofgerichtlichen Urtheile vom 11. Mai 1858.

Die Beschwerde der Beklagten, daß die von ihr vorgeschützte Einrede der rechtskräftigen Entscheidung für verwerflich erkannt wurde, ist unbegründet.

In den beiden früheren Klagen verlangt nämlich der Kläger von der Beklagten Schadloshaltung, beziehungsweise Zahlung vor geschehener Befriedigung des Gläubigers, während er nunmehr Zahlung nach Abtragung der Schuldsumme an den Gläubiger begehrt. Die gegenwärtige Klage beruht demnach auf einem andern Grunde als jene früheren Klagen, weßhalb durch die rechtskräftige Abweisung der letzteren der jetzt vorliegende Ersatzanspruch nach L.R.S. 1351 nicht entkräftet werden kann ꝛc. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1838. Jahrgang XXV. No. 26.

I.

Von Tödtung und Körperverletzung bei Raufhändeln oder Schlägereien.

I. Im Anschlusse an Art. 148 C.C.C. wird in der Wissenschaft des gemeinen deutschen Strafrechts die Frage erörtert, nach welchen Grundsätzen Mehrere zu bestrafen sind, welche ohne vorausgegangene Verabredung bei der Tödtung eines Menschen vorsätzlich mitgewirkt haben.

Während nämlich für den Fall einer vorausgegangenen Verabredung die allgemeinen Grundsätze des Strafrechtes über die Eingehung einer verbrecherischen Verbindung die hinreichenden Normen für die Zurechnung des Erfolges gegen die einzelnen Mitglieder enthalten, so ist für die Bestrafung derjenigen, die einen eingetretenen Erfolg nicht gemeinschaftlich beabsichtigt haben, keine allgemeine Bestimmung unbestritten im Strafrechte aufgestellt und die Beurtheilung besonders dann schwierig, wenn ein bestimmter Theilnehmer, dessen Handlung der Erfolg beigemessen werden kann, d. h. ein Thäter, nicht ermittelt wurde.

Für letztere Fälle weist die peinliche Gerichtsordnung den Richter an: „bei den Rechtsverständigen Raths zu pflegen," d. h. nach der einen Auslegung, das alte Recht zu befolgen, nach der andern, eine arbiträre (durch die Wissenschaft zu ermittelnde) Strafe in Anwendung zu bringen. s. Archiv des Criminalrechts n. F. XIV. S. 88 bis 117. Die Mehrzahl der Ausleger findet einen Anhalt für die Beurtheilung gedachter Fälle in der Lehre von der s. g. culpa dolo determinata, wie dieß namentlich Wächter (Archiv XIV. 102—114) dargethan hat.

Die ältern Praktiker erkannten nach den Zeugnissen Heffter's und Feuerbach's eine arbiträre Strafe.

Die Lehre des gemeinen Rechts ging in das baiersche und mit Modificationen in alle neuere Strafgesetzbücher über.

Auch in das badische Strafgesetzbuch nahm man einen besondern Titel (XI.) hierüber auf und stützen sich dessen Bestimmungen theilweise wenigstens auch auf die Theorie der culpa dolo determinata.

In den Motiven ist hierüber insbesondere gesagt:

> „Es ist als gewiß vorausgesetzt, daß derjenige, um dessen Bestrafung es sich handelt, an der Rauferei oder Schlägerei Theil genommen habe und ebenso, daß durch solche die eingetretene Verletzung verursacht worden sei, aber ungewiß ist, ob jener Theilnehmer gerade diesen Erfolg auch beabsichtigt habe. Der Erfolg ist also zur Fahrlässigkeit, die Theilnahme an der Rauferei zum Vorsatze zuzurechnen."

Namentlich bei der Berathung zeigte sich aber, daß die Bestimmungen des badischen Str. G. B. mit allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht im Einklage stehen und in dem vom Abgeordneten Zentner erstatteten Commissionsberichte wurde jene Abweichung ganz schlagend durch Hinweisung auf eine Art Nothstand des Staates gegenüber solchen rohen Raufereien, deren Theilnehmer sonst häufig straflos bleiben müßten, entschuldigt.

Besonders scharf wurde die criminalpolitische Rücksicht betont bei der Berathung des Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen. Im gemeinschaftlichen Antrage der beiden Ausschüsse ist gegen die Bestimmungen des Regierungsentwurfs, die beinahe ganz gleich sind wie im badischen Strafgesetzbuche, gesagt:

> „Die hier ausgesprochenen Prinzipien, soweit sie singuläre Vorschriften enthalten, entfernen sich von den allgemeinen Grundsätzen des Rechts; einmal soll da, wo zufällig mehrere verbrecherische Handlungen

durch ihre Verbindung einen gemeinschaftlichen Erfolg herbeigeführt haben, jedem der Theilnehmer der Erfolg zugerechnet werden, sodann sollen, wenn von mehreren Theilnehmern der Raufhändel der eigentliche Thäter nicht ausgemittelt ist, Jeder mit einer im Verhältnisse zum Verbrechen gelinderen Strafe belegt werden." (Archiv, n. F. 1853 S. 14 ff.)

Hiemit ist in allgemeinen Grundzügen der historische und wissenschaftliche Standpunkt des badischen Gesetzbuchs angedeutet; woran sich nun

II. die Erläuterung desselben reihen soll und zwar:

A. Thatbestand der Raufhändel:

Um diesen festzustellen muß man als Resultat der seitherigen Betrachtung festhalten, daß der Begriff „Raufhändel" jene durch den Art. 148 C.C.C. veranlaßten wissenschaftlichen Erörterungen nicht hervorgerufen hat, wie er auch in vielen Lehr- und Handbücher des gemeinen Strafrechts gar nicht vorkömmt (vrgl. Bauer §, 167, Grolmann §. 264, Tittmann §. 159), sondern nur die eigenthümliche Thatsache, daß eine Mehrheit von Personen durch ein nicht verabredetes vorsätzliches Zusammenwirken eine Tödtung (oder Körperverletzung) herbeigeführt hat.

Hierwegen findet sich wohl auch nirgends eine Definition des Begriffs „Raufhändel." Häberlin, Grundsätze des Crim. III. §. 100. 108. —

Die Begriffsbestimmung ist demnach nicht analytisch, sondern synthetisch zu geben, d. h. aus der wissenschaftlich erörterten Frage und den Ergebnissen der Beantwortung derselben gerade so zu bilden, wie diese Ergebnisse in den Gesetzbüchern unter dem Titel von den „Raufhändeln" zusammengestellt worden sind.

Zu Raufhändeln oder Schlägereien gehört nun:

1) Eine Mehrheit von Thätern:

Die Zahl muß gleichgiltig sein; auf l. 4 §. 3 D. 47. 8 (Quid autem si tres aut quatuor? utique turba non erit.) kann man sich nicht berufen, weil diese Stellen von der bei einem Auflaufe geschehenen Beschädigung handelt.

Wenn nur zwei Personen in gedachter Weise zusammenwirken, so kann im einzelnen Falle jene seither erörterte Frage entstehen.

Ebenso ist dies möglich, sowohl wenn auf beiden Seiten Mehrere kämpfen, als auch wenn Einem Mehrere gegenüberstehen.

Es ist daher unrichtig, wenn bei Berathung des großh. hessischen Strafgesetzes (Archiv 1853 S. 81) bemerkt wurde, daß Raufhändel nur dann vorhanden seien, wenn Mehrere mit Mehreren in thätlichen Streit gerathen sind.

Es läßt sich sogar bestreiten, ob nach den Begriffen des gewöhnlichen Lebens letzteres erforderlich ist.

2) Unter den mehreren Thätern muß a) der Streit eine gemeinschaftliche Sache sein — aber nur der Streit muß dieß sein — nicht die Veranlassung und die Beweggründe hiezu, und b) müssen sie auch zusammengewirkt haben, sei es, daß Alle thätlich waren oder nur Einige und Andere blos sonst sich äußerten.

Es sind daher die Grundsätze über Raufhändel anwendbar, wenn A., der von X. beleidigt wurde, mit B. und C., welche X. auf andere Weise und zu anderer Zeit beleidigt hatte, zusammen diesen schimpft und sich diese drei oder einer von ihnen an ihm vergreifen; die Grundsätze wären aber nicht anwendbar, wenn zuerst A. mit X in Streit geriethe und nach dessen Beendigung B. und nachher C., — ebenso wären keine Raufhändel anzunehmen, wenn A. B und C. gleichmäßig von X. beleidigt, mit diesem in Wortwechsel gerathen wären, sich aber nachher erst Jeder besonders an ihm vergriffen hätte.

Auch dann könnte man nicht von Raufhändeln in Bezug auf D. reden, wenn dieser dazu käme, wie A. B. und C. mit X. kämpfen und dann aus eigenen Gründen sich an X. oder an A. B. oder C. vergriffe; wenn aber D. etwa, um dem X. beizustehen, auf dessen Seite oder auf die Seite der drei andern tritt, um diesen zu helfen, dann ist er auch Theilnehmer an den Raufhändeln.

Hieraus ergibt sich, daß neben Theilnehmern an den Raufhändeln noch andere Mitschuldige, die einer selbstständigen Beurtheilung unterliegen, denkbar sind. Abgesehen davon, daß einer mit Vorbedacht sich einer Körperverletzung oder Tödtung schuldig machen kann, nachdem und während Andere in Raufhändeln begriffen sind, ist auch möglich, daß Einer selbstständig neben solchen im Affekt ein derartiges Verbrechen verübt.

Bei einem solchen Falle kann die Beweisfrage sehr schwierig werden, allein es wäre doch ungerecht, auf ihn die Grundsätze von den Raufhändeln in Anwendung zu bringen.

Denke man sich folgenden Fall:

A. B. und C. raufen mit X.; D., der schon längst den Mord des X. beabsichtigte, benützt diese Gelegenheit, mischt sich in die Raufhändel, versetzt dem X. eine Wunde. Die Untersuchung kann nun verschiedene Resultate liefern: es kann gewiß geworden sein, daß A. B. C. und D. den X.

verwundet haben, daß jedoch die zugefügten Verletzungen nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen tödtlich sind. Auf A. B, und C. wird demnach §. 239 Ziff. 3 des Strafgesetzes anwendbar sein; den D. aber die Strafe des nicht beendigten Versuchs des Mordes treffen.

Es kann aber auch ungewiß geblieben sein — wenn tödtliche und nicht tödtliche Verletzungen zugefügt worden sind — wem jene, wem diese zuzurechnen seien. Während nun nach §. 239 Ziff. 4 des Str.G. alle Theilnehmer am Raufhandel wegen fahrlässiger, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung bestraft werden, kann gegen denjenigen, der den Mord verüben wollte, nicht als erwiesen angenommen werden, daß er den beabsichtigten Erfolg herbeigeführt hat, es wird ihn also abermals nur die Strafe des Versuchs treffen können.

3) Die Theilnehmer an der Schlägerei müssen den Vorsatz, zu tödten oder eine Körperverletzung zu verüben, jedoch keinen Vorbedacht gehabt haben. §. 239 a. A., §. 240 a. A. —

Diese klare gesetzliche Bestimmung, die sowohl den Vorbedacht als die Fahrlässigkeit bestimmt ausschließt, findet ihre Erläuterung in dem in der Einleitung bezeichneten Standpunkt der ganzen Lehre — wonach diese gerade nur nothwendig wurde für ein ohne Vorbedacht geschehenes Zusammenwirken in bezeichneter Weise, da für den Fall des Vorbedachts die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts entscheidend genug sind, §. 125 Str.G. Von Fahrlässigkeit konnte keine Rede sein, weil die ganze Lehre mehr oder weniger auf der Annahme der culpa dolo determinata beruht, wie gerade die unten zu erwähnenden Bestimmungen des Gesetzbuchs beweisen, wo von der Strafe der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung, oder von der fahrlässigen, durch Theilnahme am Raufhandel veranlaßten Tödtung die Rede ist. Vergleicht man §. 239 Ziff. 5 mit §. 240 Ziff. 2 und 4, so ergibt sich:

Beide sind Unterabtheilungen der betreffenden §§ 239 und 240, welche in ihren Einleitungen eine vorsätzlich zugefügte Verletzung verlangen; beiden ist gemeinschaftlich, daß die Urheber der Verletzungen nicht ermittelt werden konnten, in keinem von beiden wird aber deßhalb die Bestrafung wegen fahrlässiger Verletzung angenommen, sondern in §. 239 Ziff. 5 die Strafe der fahrlässigen, durch Theilnahme an Raufhändeln veranlaßten Tödtung, während bei bloßer Körperverletzung (eben weil diese als eine vorsätzliche vorausgesetzt wird) der eingetretene Erfolg Allen zugerechnet wird.

Bei Tödtung in Raufhändeln kann von einer Fahrlässigkeit hinsichtlich dieses Erfolges die Rede sein — weil der Vorsatz nur auf Verletzung gerichtet zu sein braucht, bei Körperverletzungen kann dagegen immer nur von Vorsätzlichkeit gesprochen werden.

Hiernach sind in dieser Beziehung Tödtung und Körperverletzung bei Raufhändeln den gleichen im Affekt verübten Verbrechen gleichgestellt. Hieraus folgt auch, daß in einem Urtheil, das Jemanden wegen einer bei Raufhändeln verübten Körperverletzung schuldig erklärt, die Willensrichtung des Thäters eben so genau angegeben ist, als in einem solchen, welches einen der im Affekt verübten Körperverletzung schuldig erkennt.

Der Vorbedacht wird jedoch nach dem Wortlaute des Gesetzes nur hinsichtlich der Verletzung ausgeschlossen; es ist aber auch denkbar, daß Mehrere einen Raufhandel beschließen und solchen mit Vorbedacht unternehmen, ohne daß sie gerade eine Verletzung beabsichtigen, z. B. sie wollten ihre Gegner nur necken, ihre Kräfte mit ihnen messen, in der Hitze des Kampfes entsteht der Vorsatz der Verletzung erst. Auch hier werden die Grundsätze über Raufhändel Platz greifen müssen. —

B. Bestrafung

1) der Tödtung bei Raufhändeln.

Das gemeine deutsche Strafrecht unterscheidet hier gewöhnlich folgende Fälle:

a) Nur Einer hat eine tödtliche Verletzung zugefügt und ihn hat die Untersuchung ermittelt. Diesen trifft auch die Strafe des Todtschlägers schon nach allgemeinen Grundsätzen. Ebenso gilt dieß auch im badischen Strafgesetzbuche.

b) Es sind mehrere tödtliche Verletzungen da und deren Urheber bekannt.

Hier wird im gemeinen Rechte von dem Grundsatze ausgegangen, daß immer derjenige als der Tödtung schuldig angesehen werden soll, dessen Handlung, wenn auch nur in Verbindung mit den von Andern zugefügten Verletzungen, als die wahre Ursache des Todes erkannt wird, und dieß selbst, wenn sich noch der nämliche Erfolg von dem Handeln eines Andern, wiewohl erst späterhin, erwarten ließ.

Demzufolge wird unterschieden:

aa) Ob bekannt ist, wen der Theilnehmer zuletzt

verwundet habe. Dieser wird dann als Todtschläger angesehen.

bb) Ob dieß nicht ermittelt ist; dann sollen Alle, welche tödtliche Verletzungen beigefügt haben, von der Strafe des Todtschlags getroffen werden. Heffter §. 232. Feuerbach §. 226.

Obgleich das badische Strafgesetzbuch in §. 204 diejenige Verletzung als tödtlich bezeichnet, welche als wirkende Ursache den Tod herbeigeführt hat und es darauf insbesondere nicht ankommen soll, ob sie nur wegen der besondern Umstände, unter denen sie zugefügt wurde, den Tod des Verletzten herbeigeführt habe und, obgleich hiernach derjenige, welcher zuletzt den tödtlichen Stoß versetzt hat, der Schuldige sein müßte: so wurde in §. 239 Ziff. 1 die gemeinrechtliche Unterscheidung nicht angenommen, sondern jedem Urheber einer solchen Verletzung der eingetretene Erfolg zugerechnet.

Dagegen wurde nach der Absicht unterschieden: ging der Vorsatz auf Tödtung, so wird der Thäter von der Strafe des Todtschlags getroffen, ging er blos auf Körperverletzung, so tritt die Strafe der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung (culpa dolo determinata) ein. —

c) Es sind einige tödtliche, einige nicht tödtliche Verletzungen da und die Urheber der einzelnen bekannt.

Hinsichtlich der Urheber der tödtlichen muß im gemeinen Strafrechte die nämliche Unterscheidung Platz greifen, wie im Falle b, die Urheber der nicht tödtlichen arbiträre Strafe treffen. —

Das badische Strafgesetz behandelt die Urheber jener, wie sub. b angegeben wurde; die Urheber dieser werden je nachdem ihre Absicht auf Tödtung oder auf Körperverletzung gerichtet war, im ersteren Fall nach den Grundsätzen über Versuch des Todtschlags, im letzteren nach den über im Affekte verübte Körperverletzung bestraft. — §. 239 Ziff. 2. —

d) Die Urheber der einzelnen Verletzungen sind nicht ausgemittelt.

Heffter will (§. 245) die Strafe schwererer körperlicher Mißhandlung, Feuerbach eine arbiträre Strafe eintreten lassen. (§. 226.)

Das badische Gesetzbuch macht hier zwei Abtheilungen:

aa) Die Urheber der Verletzungen sind zwar bekannt, aber es bleibt ungewiß, wem von ihnen die tödtlichen, wem die nicht tödtlichen Verletzungen zuzurechnen sind. z. B. es ist gewiß, daß X. von A. B. und C. gestochen worden ist, dagegen weiß man nicht, von welchem derselben die allein tödtliche Wunde in das Herz herrührt. In diesem Falle werden alle drei als schuldig der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung mit Arbeitshaus nicht unter einem Jahre oder Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft. Diese Strafe kann jedoch bei einzelnen Theilnehmern bis zu vier Wochen Gefängniß herabgesetzt werden, wenn in Ansehung derselben Gründe vorhanden sind, welche gegen die Annahme sprechen, daß sie Urheber einer schwereren Verletzung seien. §. 239 Ziff. 4.

bb) Die wirklichen Urheber der Verletzungen des Getödteten sind überhaupt nicht auszumitteln oder er hat nur eine Verletzung erhalten und es bleibt ungewiß, von wem sie zugefügt wurde, so werden alle Theilnehmer, die erweislich mit ihm gerauft, als schuldig der fahrlässigen, durch Theilnahme an Raufhändeln veranlaßten Tödtung mit Arbeitshaus oder Gefängniß bestraft. §. 239 Ziff. 5 Abs. 1.

e) Der Tod ist nur durch das Zusammentreffen der mehreren Verletzungen herbeigeführt.

Heffter spricht sich für die Strafe des Todschlags oder der culposen Tödtung — je nach der Willensrichtung des Thäters — aus; Feuerbach will auch hier eine außerordentliche Strafe eintreten lassen. Freilich muß nach Heffter zufolge des sub. b hervorgehobenen Grundsatzes hier unterschieden werden, ob zu den an sich nicht tödtlichen früheren Verletzungen noch zuletzt eine an sich auch nicht tödtliche hinzutrat und in Verbindung mit den bereits vorhandenen todtwirkend wurde — wo dann den Urheber dieser letzten Verletzung allein die Strafe des Todtschlägers treffen kann — oder ob alle zusammen, d. h. gleichzeitig die fraglichen Verletzungen zugefügt haben. Heffter §. 232 a. E.

Nach dem badischen Strafgesetzbuche wird auch hier der eingetretene Erfolg je nach der Absicht dem einzelnen Theilnehmer zugerechnet, so daß der Urheber, dessen Absicht auf Tödtung gerichtet war, von der Strafe des Todschlages getroffen wird, derjenige, dessen Absicht nur auf Körperverletzung ging, von der Strafe der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung veranlaßten Tödtung. §. 239 Ziff. 3.

2) Der Körperverletzungen bei Raufhändeln:

Weil im gemeinen Strafrechte die Verletzung oder Störung der Gesundheit eines Menschen als selbstständiges Verbrechen (delictum sui generis) nicht aufgestellt war, wurde folgeweise auch durch Art. 148 C.C.C. solches nicht berührt.

Dagegen behandeln die neueren Strafgesetzbücher solches auch bei der Lehre von den Raufhändeln. So stellt auch das badische Strafgesetzbuch hierüber besondere Bestimmungen auf. — §. 240 Str.G. — die einzeln keiner besondern Erläuterung bedürfen. Nur ist bezüglich des Systems zu bemerken, daß auch hier die Theorie der s. g. culpa dolo determinata leitend wurde. Wenn nämlich

a) die Urheber der einzelnen Verletzungen nicht ausgemittelt werden können; oder
b) die Verletzungen nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammenwirken den Erfolg herbeigeführt haben; — oder
c) die Urheber einzelner Verletzungen ausgemittelt sind, die Urheber anderer nicht;

so werden doch Alle, die erweislich mit dem Verletzten gerauft oder sich thätlich an ihm vergriffen haben, von einer nach Art und Größe der eingetretenen Beschädigung zu bemessenden Strafe getroffen. §. 240 Ziff. 2. 3. u. 4.

Zur Erläuterung dieser Bestimmungen und zur Bestätigung der Behauptung, daß ihnen die Annahme der culpa dolo determinata zu Grunde liege, dient besonders die oben hervorgehobene Stelle aus den Motiven. Deren Schluß ist bemerkenswerth: „der Erfolg ist zur Fahrlässigkeit, die Theilnahme an den Raufhändeln zum Vorsatze zuzurechnen. Hiernach entsteht nämlich die Frage, welchen Verbrechens sollen die Theilnehmer in den oben erwähnten Fällen schuldig erklärt werden?

Nach der zuletzt erwähnten Stelle der Motive müßte man antworten: der fahrlässigen, durch Theilnahme an Raufhändeln verübten Körperverletzung.

Diesem steht aber entgegen:

a) Die fragliche Fassung der Motive lautet allgemein, es folgt aus dem Ganzen nur, daß die culpa dolo determinata der Gesichtspunkt im Allgemeinen nicht aber auch, in wiefern sie es im Einzelnen sein solle.
b) Nach §. 240 am Anfange, d. h. nach der allgemeinen Rubrik für die Fälle 1—4, wird eine vorsätzliche Verwundung oder Beschädigung vorausgesetzt, wie denn oben schon ausführlich gezeigt wurde, daß eine fahrlässige Verletzung ausgeschlossen ist.
c) In §. 239 1—5 Str.G. ist ganz genau jeweils das Verbrechen angegeben, wegen dessen die Bestrafung erfolgen soll und während in §. Ziff. 4 gesagt ist, die dort erwähnten Theilnehmer sollen als schuldig bestraft werden, der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung — ist in Ziff. 5 das Verbrechen der fahrlässigen, durch Theilnahme an Raufhändeln veranlaßten Tödtung erwähnt, eine Bestimmung, auf welche die Schlußstelle aus den Motiven paßt.
d) Wegen Theilnahme an Raufhändeln sollen ferner nach §. 240 Ziff. 4 Abs. 2 auch diejenigen bestraft werden, welche unter keine der Bestimmungen No. 1—4 fallen, wenn sie
   aa) Werkzeuge führten, womit sie lebensgefährliche Verletzungen zufügen konnten, oder
   bb) durch Aeußerungen oder Handlungen zu Thätlichkeiten anreizten, —

   von denen aber nicht gewiß ist, ob sie selbst mit dem Verletzten gerauft oder sich an ihm vergriffen haben. —

Auch auf diese paßt jene Stelle der Motive und die Bestimmung des §. 240 Ziff. 4 Abs. 2 steht im Einklang mit §. 239 Ziff. 5 Abs. 2.

Aus beiden ergibt sich ferner, daß nur bei demjenigen, der sich nicht gerauft oder vergriffen hat und nur, wenn die beiden Bedingungen vorhanden sind, die Theilnahme an Raufhändeln an sich schon als eigenes Verbrechen bestraft werden soll. — Hieraus folgt e contrario

e) daß, wie der thätige Theilnehmer bei Raufhändeln, die mit einer Tödtung endigten, der Erfolg nach seiner Absicht zugerechnet und er hiernach bestraft wird; so auch dem Theilnehmer einer Schlägerei, die nur eine Körperverletzung herbeiführte — sobald er nur gerauft oder sich vergriffen hat — dieser Erfolg zugerechnet — er hierwegen bestraft werden soll, nicht blos wegen Theilnahme an Raufhändeln.

Das Verbrechen, dessen sich also ein solcher Theilnehmer schuldig gemacht hat, ist in der Ueberschrift von §. 240 bezeichnet — Körperverletzung bei Raufhändeln Einer besondern Erwähnung desselben bei den einzelnen Unter-

abtheilungen bedurfte es nicht, weil hier nicht, wie bei der Tödtung, die verschiedene Absicht das Verbrechen zu einem verschiedenen machen kann, sondern nur ein Vorsatz, nämlich der, zu verletzen, möglich und vorausgesetzt ist. —

Die Bezeichnung im Urtheil: „N. N. sei schuldig, der bei Raufhändeln verübten Körperverletzung" sagt an sich demnach doppeltes:

aa) Er habe vorsätzlich — jedoch ohne Vorbedacht — gehandelt.

bb) Er sei selbst thätig gewesen, habe mit dem Verletzten gerauft oder sich an demselben vergriffen, d. h. er falle unter §. 240 Ziff. 1—4 Abs. 1 des Str.G.B.

D. Dreyer. *)

II.

Verjährung.

1) Wer die Sache eines Andern vergünstigungsweise besitzt, kann das Eigenthum daran nicht ersitzen.

2) Die Vertheilung von Almendgütern zum Genuß an einzelne Häuser- und Hofgutsbesitzer gilt überall, wo nicht das Gegentheil bestimmt ausgedrückt ist, für widerruflich.

Krall gegen Hohenbodmann.

Dem Klagbegehren zufolge sollte die Gemeinde Hohenbodmann für schuldig erkannt werden, das Eigenthum des Klägers an gewissen Almend- und Waldparcellen, eventuell das auf seinem Hofgute unwiderruflich haftende Nutzungsrecht hieran anzuerkennen.

Der Unterrichter erkannte sofort: die Klage findet nicht statt — weil er der Ansicht war, daß die Sache nicht vor den bürgerlichen Richter gehöre; das im Wege der Appellation von dem Kläger angegangene Hofgericht hingegen wieß die Klage ab und zwar auf den Grund hin, daß der Kläger und seine Rechtsvorfahrer die fraglichen Feld- und Waldparcellen immer nur als Gemeindebürger im Namen der Gemeinde besessen und benutzt hätten.

*) Referendar in Bruchsal.

Hiergegen berief sich der Kläger als Oberappellant:

1) auf die vorliegenden Erwerbtitel, nach deren Inhalt die fraglichen Streitobjecte immer als Zugehörde seines Anwesens von dem Einen auf den Andern übergangen und diese Uebergänge von dem Ortsgerichte gewährt worden;

2) auf die vorhandenen Pläne und Charten der Beklagten, wornach die fraglichen Almendstücke nicht mehr als Gesammteigenthum der Gemeinde erscheinen;

3) auf die besondere Umsteinung und Abgränzung dieser Almendstücke, und

4) auf die übereinstimmenden Aussagen alter, völlig unbetheiligter Zeugen, welche bestätigen, daß die streitigen Feld- und Waldflächen von jeher dem Hofgute des Klägers als unzertrennliche Bestandtheile zu Eigenthum einverleibt und bis auf die neueste Zeit immer so angesehen und behandelt worden seien.

Gleichwohl wurde das hofgerichtliche Urtheil am 1. Juni l. J. in dritter Instanz bestätigt und damit zugleich 17 andern Prozessen ein Ziel gesetzt.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger nimmt an den in der Klage bezeichneten Liegenschaften in erster Reihe das Eigenthumsrecht und eventuell für den Fall, daß er damit nicht durchreiche, ein zu Gunsten seines Hofguts unwiderruflich darauf haftendes Nutznießungsrecht in Anspruch.

Es handelt sich daher hier lediglich um privatrechtliche Ansprüche und es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß die Entscheidung dem Civilrichter zusteht.

Was nun zunächst den Eigenthumsanspruch des Klägers betrifft, so erkennt derselbe selbst an, daß das Eigenthum an den gedachten Liegenschaften ursprünglich der Gemeinde Hohenbodmann zustand. Er konnte aber keinen bestimmten einzelnen Act anführen, wodurch das Eigenthum von der Gemeinde auf ihn, beziehungsweise seine Rechtsvorfahrer übergegangen wäre. Er beruft sich deßhalb bloß auf die im Jahre 1796 stattgehabte Güterzereinödung, in deren Folge, wie er behauptet, das Almendfeld, und dann im Jahre 1801 auch die Waldung unter die damals vorhandenen 18 Bürger zu Eigenthum und mit der Bestimmung vertheilt worden sei, daß die jedem einzelnen Bürger zugeschiedenen Feld- und Waldtheile als unzertrenn-

sich mit seinem Hofgute, welches er damals besessen habe, verbunden bleiben sollten.

Diese Vereinödung hatte allerdings im Interesse der Landwirthschaft zum Behuf der bessern Arrondirung des Besitzthums der einzelnen Bürger von Hohenbodmann statt, und bestand in der Vermessung und neuen verhältnißmäßigen Theilung der Gemarkung; auch läßt der vorliegende Beschrieb über die Einödungskarte, in Verbindung mit der Karte selbst und den sonst noch vorhandenen Actenfragmenten keinen Zweifel darüber, daß hierbei auch ein Theil des Almendfeldes unter die damals vorhandenen achtzehn Bürger vertheilt worden ist. Diese Zutheilung hatte jedoch nicht in der Weise statt, daß dem einzelnen Bürger zu seinem übrigen Besitzthum ein weiteres ungetrenntes Stück Feld, statt seines früheren Almendgenusses, zugewiesen worden wäre, sondern die Almend wurde auch jetzt wieder im Ganzen von dem Privateigenthum ausgeschieden und dann erst fand die Vertheilung eines Theils davon unter die Bürger statt. Hieraus kann aber in keiner Weise geschlossen werden, daß das zugetheilte Stück Almend dem Einzelnen eigenthümlich überlassen worden wäre, dazu wäre jedenfalls ein gültiger Gemeindebeschluß und die Genehmigung durch die vorgesetzte Staatsbehörde erforderlich gewesen.

Der Kläger konnte aber weder einen solchen Gemeindebeschluß noch auch eine Verfügung der Staatsbehörde, wodurch eine Vertheilung zu Eigenthum genehmigt worden wäre, irgend nachweisen. Insbesondere kann hiezu die Urkunde vom 26. Mai 1801, worauf sich klägerischer Seits berufen wird, nicht dienen, denn darin ist von einer eigenthümlichen Ueberlassung der zugetheilten Almend- und Waldstücke mit keiner Sylbe die Rede. Zudem wird in dem gedachten Beschrieb über die Einödungskarte, sowie in den weiteren Urkunden, worauf sich der Kläger beruft, überall zwischen den eigenthümlichen Gütern der einzelnen Bürger und der Almend unterschieden, und die Güter, um welche es sich hier handelt, sind nirgends unter den eigenthümlichen, sondern immer nur als Almend oder Gemeindegut aufgeführt.

Es ist dieß insbesondere auch in den angerufenen Amtsrevisoratsacten und in den Einträgen der beiden Käufe vom 7. Februar und 30. Juli 1850 im Kaufbuch der Fall.

Hiernach wurden die Güter von dem einen Rechtsvorfahrer des Klägers auf den andern bis herab auf den Kläger selbst immer nur als Almend oder Gemeindegut übertragen und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß er sowohl, als seine Vorfahren solche nur für die Gemeinde besessen haben, deßhalb kann denn auch von einer Verjährung des Eigenthums durch den Kläger, — der Beklagten gegenüber — nach L.R.S. 2236 ff. keine Rede sein.

Es erscheint daher der Eigenthumsanspruch des Klägers an den in Frage stehenden Gütern durchaus unbegründet.

Was sodann den eventuellen Anspruch des Klägers betrifft, so können zwar, wie die §§. 85 und 92 der G.O. ausweisen, Nutzungsrechte an Almendtheilen, welche unwiderruflich auf dem Besitz bestimmter Güter oder Häuser haften, bei uns vorkommen, und solche erscheinen dann als reine Privatrechte.

Allein die Vertheilung von Almendgütern zum Genuß an einzelne Häuser- oder Hofgutsbesitzer schließt noch keineswegs das unwiderrufliche Genußrecht daran in sich, vielmehr muß hiebei immer unterstellt werden, daß die Almend nicht für alle Zeiten ihrer Bestimmung entzogen werden sollte, die Vertheilung ist daher immer nur als eine widerrufliche anzusehen, wenn nicht das Gegentheil bestimmt ausgedrückt ist.

Uebrigens dürfen auch solche widerruflichen Nutzungsrechte, so lange sie nicht widerrufen sind, zugleich mit den Liegenschaften, auf welchen sie haften, nach §. 89 der G.O. durch Veräußerung oder Erbschaft auf Andere übertragen werden, allein sie können durch einen dem §. 85 der G.O. entsprechenden Gemeindebeschluß mit Staatsgenehmigung jederzeit widerrufen werden und der Anspruch auf einen derartigen widerruflichen Almendgenuß kann der Gemeinde gegenüber nicht vor dem Civilrichter geltend gemacht werden, denn dem Berechtigten steht diese Nutzung nur Kraft Gemeinderechts, also Kraft öffentlichen Rechts, zu.

Der Kläger verlangt nun die Nutzung an den in der Klage bezeichneten Gemeindegütern nicht etwa blos in widerruflicher Weise, wie er denn auch einen solchen Anspruch vor den bürgerlichen Gerichten nicht anbringen könnte. Zudem ist der Anspruch in dieser beschränkten Weise sowohl von der Gemeinde Hohenbodmann, als der vorgesetzten Staatsbehörde, wenigstens hinsichtlich der Almendfelder, ausdrücklich anerkannt.

Der Kläger ist aber damit nicht zufrieden, sondern nimmt ein unwiderrufliches Nutzungsrecht in Anspruch. Um ein solches zu constituiren, wäre aber auch hier wie-

der ein ausdrücklicher Gemeindebeschluß und die Genehmigung der vorgesetzten Staatsbehörde erforderlich gewesen. Derartige Beschlüsse konnte aber der Kläger nicht einmal anführen, sondern er beruft sich auch hier wieder lediglich auf die Vereinödung vom Jahr 1796. Allein die hierüber aufgenommenen Urkunden enthalten auch nicht eine Andeutung davon, daß die den einzelnen Bürgern zum Genuß zugetheilten Almendstücke für alle Zeiten mit deren Hofgütern oder Häusern verbunden bleiben sollten. Aus dem Umstande allein, daß der Almendgenuß durch Erbschaft und Verkauf jeweils mit den Hofgütern auf Andere übertragen wurde, kann eine unwiderrufliche Zutheilung nicht gefolgert werden, denn die Veräußerung und Vererbung findet, wie bereits bemerkt, auch bei der widerruflichen Zutheilung statt, so lange der Widerruf nicht erfolgt ist. Da hiernach in keiner Weise nachgewiesen ist, daß die Vertheilung des Almendgenusses unwiderruflich geschah, so kann nur eine widerrufliche Zutheilung angenommen werden. Deßhalb stellt sich aber auch der Besitz des Genußrechts auf Seiten des Klägers und seiner Rechtsvorfahrer nur als ein widerruflicher, auf Gemeinderecht beruhender, dar, und konnte nach L.R.S 2229 zur Rechtsersitzung nicht dienen. Es kann daher auch von der Erwerbung eines unwiderruflichen Rechts durch Verjährung keine Rede sein ıc. D. R

—

III.

Oberappellationssumme.

1) Wenn von mehreren Mitschuldnern, welche insgesammt zur Zahlung eines die Beschwerdesumme übersteigenden Forderungsbetrages verurtheilt sind, nur einige appelliren, so kommen auch nur ihre Antheile in Berechnung.

2) Ein Interesse, welches nicht Gegenstand des concreten Rechtsstreites ist, bleibt bei Berechnung der Beschwerdesumme außer Betracht.

Maier gegen Streit.

Von ursprünglich zwölf Beklagten, deren Schuldigkeit sich auf 676 fl. 12 kr. berechnete und zur Oberberufung hinreichte, hatten nur neun den Streit bis in die dritte Instanz fortgesetzt.

Da hiernach der Betrag, mit welchem die als Oberappellanten aufgetretenen Beklagten bei dem Rechtsstreit betheiligt sind, nur die Summe von 491 fl. 48 kr. erreicht, so erscheint die Oberberufung nach §. 1192 der Pr.O. unstatthaft. Die Oberappellanten machen zwar unter Berufung auf L.R.S. 800 noch geltend, daß sie, durch das hofgerichtliche Urtheil als unbedingte Erben erklärt, auch andern Erbschaftsgläubigern gegenüber der Rechtswohlthat ihres vorsichtigen Erbantritts verlustig erschienen, und daß demnach für sie ein, die klägerische Forderung an Werth bei Weitem übersteigender Streitgegenstand in Frage stehe. Abgesehen indessen davon, daß das Vorhandensein anderer, noch unbefriedigter Erbschaftsgläubiger nicht dargethan ist, so bleibt auch die Wirkung des vorliegenden, erst nach dem vorsichtigen Erbantritt der Beklagten ergangenen Urtheils nach L.R.S. 1351 auf das Verhältniß zwischen den jetzigen Parteien beschränkt.

Aus diesen Gründen wurde die gegen das hofgerichtliche Urtheil eingewandte Oberappellation durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 2. Juni l. J. als unstatthaft verworfen. D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 27.

I.

Ueber den civilprozessualischen Eid in Bezug auf moralische Personen.

Das II. Constitutionsedikt vom 19. September 1807 (Reg.Bl. No. 26) anerkennt und unterscheidet folgende Arten von moralischen Personen (von ihm Art. 11 „Staatspersonen" genannt).

1) Gemeinden (politische Gemeinden zum Unterschied von den Kirchspielsgemeinden). Art. 1—8.

2) Körperschaften, wenn mehrere Staatsbürger unter einer leitenden Gesellschaftsgewalt sich verbinden, um damit die Erreichung eines Lebenszweckes und den Genuß der davon abquellenden Vortheile zu sichern, und wenn dabei für steten Nachwuchs neuer Glieder statt der Abgehenden gesorgt ist, ferner aber der Zweck einer solchen Gesellschaft zugleich ein Theil des Staatszweckes, und in dieser Hinsicht einer besonderen Staatseinwirkung empfänglich und bedürftig, auch derselben die ausdrückliche oder stillschweigende Staatsgenehmigung zu Theil geworden ist. Art. 9.

3) Staatsanstalten, d. h. Sammlungen einzelner Staatsbürger, die mit Aussicht steter Fortdauer gemacht wurden, und die unter einer von fremder Vorsorge aufgestellten, mithin nicht gesellschaftlichen leitenden Gewalt verbunden sind, zur bloßen Theilnahme an dem Genuß eines Lebensvortheiles, der durch fremde Bemühung erzielt wird, und der zugleich mit unter die ergänzenden Theile des Staatszweckes gehört (reine Staatsanstalten, z. B. Siechenhäuser, Irrenhäuser; gemischte Staatsanstalten, z. B. Diener-, Wittwen-, Versorgungsanstalten), Art. 10. —

Wenn überhaupt, so jedenfalls nur sehr gezwungen, lassen sich unter diese Begriffsbestimmungen jene causae piae unterordnen, bei welchen eine Vereinigung von Staatsbürgern gar nicht in Betracht kommt, vielmehr ein Inbegriff von Sachen, ein gewisses Vermögen als Rechtssubjekt erscheint, z. B. allgemeine, an keine politische oder Kirchspielsgemeinde gebundene Stiftungen, oder bei denen neben und außer dem Vermögen eine Summe von Rechten als Einheit gedacht ist, z. B. Schul- und Pfarrpfründen. Indessen kann es bei diesen nach Art. 9 des I. Constitutionsedikts vom 14. Mai 1807 (Reg.Bl. No. 21), §. 1 ff. der Beilage D. zur Unionsurkunde und §. 20. 21 der Verfassungsurkunde keinem Zweifel unterliegen, daß ihnen das Recht der juristischen Persönlichkeit zukomme. (Vrgl. Zachariä franz. Civ.R. Bd. I. §. 52.)

Dieses Recht besteht nach Art. 9 des II. Constitutionsedikts darin, daß die betreffende Gesellschaft oder Anstalt im Ganzen zu allen Rechten und Vortheilen befähigt ist, welche ein einzelner Mensch als Staatsbürger zu genießen hat, und hieraus folgt für das Civilrecht, daß die moralischen Personen in civilrechtlicher Hinsicht nach denselben Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind, wie die einzelnen Menschen, insofern nicht eine ausdrückliche Verfügung der Gesetze, z. B. L.R.S. 910 eine Ausnahme gebietet oder das Wesen der moralischen Person eine solche Ausnahme von selbst zur Folge hat, da dieselbe in einer Reihe von Rechtsverhältnissen, z. B. Errichtung von Eheverträgen und Testamenten gar nicht gedacht werden kann. Zachariä §. 53. —

Für unseren besonderen Zweck gelangen wir dadurch zu der Folgerung, daß hinsichtlich civilprozessualischer Eide die moralischen Personen ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit ihrer Arten ganz so zu betrachten sind, wie die einzelnen Menschen, soweit nicht das Gesetz oder ihr Wesen eine Ausnahme macht. Das Recht, sich der Eideszuschiebung an den Gegner als Beweismittel zu bedienen, steht daher den moralischen Personen unzweifelhaft zu, da

es lediglich eine Willensäußerung voraussetzt, zu der sie ebenso befugt und fähig sind, wie eine physische Person. Ob ihnen aber ein Eid zugeschoben oder vom Richter auferlegt werden könne, ließe sich im Allgemeinen bezweifeln, weil der Eid eine feierliche Versicherung über die innere Ueberzeugung der Partei selbst enthält, daher ein unmittelbares persönliches Handeln erfordert (vrgl. §. 564 Pr.O.), welches den moralischen Personen nicht möglich ist. Indessen stehen die Repräsentanten der moralischen Personen in so inniger Beziehung zu denselben, daß sich der Gedanke rechtfertigt, daß sie, wie sie überhaupt nach außen die Träger der moralischen Personen sind, für diese auch einen Eid leisten dürfen, weil sie nach der Ausdrucksweise von §. 35 der Eidesordnung vom 24. Mai 1802 Reg.Bl. 1803 No. I. ff.) den Eid zugleich in ihre eigene und in ihres Prinzipalen Seele ablegen. So ist denn auch in §. 527 Pr.O. jedem Beweisführer, also auch den moralischen Personen, das Recht der Eideszuschiebung an den Gegner mit dem ausdrücklichen Zusatze gegeben, daß es einerlei sei, ob die Gegenpartei eine physische oder moralische Person ist. Obwohl sich diese Bestimmung nach ihrer Stellung im Titel XXIV. nur auf den Haupteid bezieht, so gilt sie doch ebenfalls für die anderen Eidesarten, denn der Diffessionseid ist durch §. 403 Pr.O. dem Haupteide ganz gleichgestellt und der Editionseid (§. 752) erscheint seiner rechtlichen Natur nach als eine Art von Haupteid (Archiv Bd. X. S. 59 §. 15), und außerdem ist eine Eideszuschiebung nur noch möglich bei dem Offenbarungseide, welchen jedoch unsere Pr.O. als nothwendigen Eid betrachtet (§. 599). Die übrigen Eide, als Notheid, Schätzungseid und Offenbarungseid (§. 587 ff.), ferner Widerrufseid (§. 144) und die verschiedenen Wiederherstellungseide (§. 151. 627. 628. 1216) werden mit der oben erwähnten Ausnahme des Offenbarungseides sämmtlich nicht zugeschoben, sondern vom Richter auferlegt, theils wenn sich die Partei dazu erbietet, theils ohne diese Voraussetzung. Daß nun die eigentlichen nothwendigen Eide (Notheid, Schätzungseid, Offenbarungseid) auch moralischen Personen auferlegt werden können, folgt aus §. 603 Pr.O., welcher für diese die Anwendbarkeit des §. 527 unzweifelhaft rechtfertigt. Ebenso verhält es sich mit den Widerrufs- und Wiederherstellungseiden, da sie ohne Unterschied zwischen moralischen und physischen Personen vom Gesetze zugelassen sind, und da sie als Ersatz oder Ergänzung des obliegenden Beweises dienen; mithin die Natur eines Notheides (Erfüllungseides) haben und diesem gleich zu behandeln sind.

Hinsichtlich der Zuschiebung eines Eides durch moralische Personen und hinsichtlich deren Erklärung über den ihnen zugeschobenen Eid (Annahme oder Zurückschiebung) entstund eine Schwierigkeit durch §. 142 Ziff. 5, §. 564 und 567 der alten Pr.O., Schwierigkeiten, weil dort zur Zuschiebung, Annahme und Zurückschiebung eines Eides von dem Anwalt und dem Vertreter der Partei eine Specialvollmacht gefordert und die Befugniß der Partei selbst, einen Eid zuzuschieben, anzunehmen oder zurückzuschieben, dahin eingeschränkt wurde, daß sie dieß nur insoweit thun könne, als sie rechtlich befähigt sei, einen Vergleich abzuschließen, woraus z. B mit Recht gefolgert wurde, daß Gemeinden in ihren Rechtsstreiten von der Eideszuschiebung nur unter den für ihre Vergleiche vorgeschriebenen Förmlichkeiten Gebrauch machen dürfen. Annalen VIII. No. 14.

Dieß ist in der neuen Pr.O. sehr vereinfacht, denn nicht nur wurde das Erforderniß der Specialvollmacht für Zuschiebung, Annahme und Zurückschiebung des Eides aufgegeben, und dem entsprechend die Ziff 5 des §. 142 nicht in den neuen §. 138 aufgenommen und §. 564 ganz weggelassen, sondern es wurde auch in folgerichtiger Anwendung dessen der alte §. 567 gestrichen. In Beilage No. 1 zum Protokoll der 67. öffentlichen Sitzung der II. Kammer vom 7. Januar 1851 (Ständeverhandlung von 1850 und 1851. VII. Beilagenheft), welcher Arbeit die Pr.O. bekanntlich ihre jetzige Fassung verdankt, ist darüber S. 359 Note ** gesagt: „Der §. 567 bleibt weg, da nach dem neuen §. 142 zur Eideszuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung nicht einmal mehr eine Specialvollmacht erforderlich ist, sondern sie in der Befugniß jedes Anwaltes liegt."

Demgemäß kann Jeder, welcher Namens einer moralischen Person einen Rechtsstreit führt, sei er nun Anwalt oder Vertreter, z. B. Pfründnießer ebenso unbeschränkt Eide zuschieben, annehmen oder zurückschieben, als wenn ein einzelner Mensch die Partei bildet. Das Erbieten zum Wiederherstellungseid muß jedoch in den Fällen der §§. 627. 628. 1216 auch jetzt noch, wie nach der frühern Prozeßgesetzgebung, von der Partei selbst unterzeichnet sein.

Das gemeine Recht hält an dem Grundsatze fest, daß nur der einen Eid zuschieben kann, welcher zur Eingehung eines Vergleiches überhaupt in Beziehung auf das vorliegende Rechtsgeschäft befugt ist, so daß also noch obervormundschaftliche Ermächtigung für den Vormund, Special-

vollmacht für den Anwalt, Einwilligung des Geschlechtsbeistandes u. dgl. m. erforderlich sind. Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses. Kiel 1844. §. 159 Bd. II.

Für die moralischen Personen folgt daraus, daß ihre Vertreter den Eid nur zuschieben, annehmen oder zurückschieben können, wenn sie dazu speciell beauftragt sind oder ihnen die Prokuratur in einer Art oder einem Umfange, wodurch das Specialmandat ersetzt wird, übertragen ist. Schmid a. a. O. Bayer, Vorträge über den g. o. Civilprozeß S. 514. fr. 17 § 3 D. de jurejurando (XII. 2) sagt: Procurator quoque quod (sc. jusjurandum) detulit, ratum habendum est: scilicet, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si idipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit. fr. 34 §. 1 D. eod. sagt: Defensor municipum aut cujusvis corporis, iusjurandum deferre potest, si super hoc mandatum habeat.

Hat die moralische Person keinen Procurator mit solch allgemeiner ausgedehnter Machtbefugniß, so ist zu den fraglichen Erklärungen, mag sie solche unmittelbar oder durch ihren Anwalt mittels Ertheilung einer Specialvollmacht abgeben, immer ein förmlicher Beschluß der Körperschaft nothwendig, sofern nicht die moralische Person durch ein einzelnes bestimmtes Individuum repräsentirt ist, für dessen Willensäußerungen eben nur die gleichen Regeln, wie für die einer physischen Person gelten können. Bayer S. 517.

Die unbeschränkte Verfügungsgewalt des Vertreters oder Anwalts der moralischen Person bezüglich der Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung von Eiden, muß nach bad. Rechte auch dann festgehalten werden, wenn es sich darum handelt, die Eideszuschiebung zurückzunehmen (Pr.O. §. 551) oder von der Erklärung der Eidesabnahme wieder abzugeben (Pr O. §. 549) oder die Zurückschiebung des Eides zurückzunehmen (Pr.O. §. 547), da der allgemeine Grundsatz natürlich auch auf diese einzelne Fälle Anwendung finden muß, sofern und weil das Gesetz nichts anderes gebietet. Pr.O. §. 138. Bezüglich der erst später näher zu erörternden §§. 568. 569. 570 Pr.O. ist hier sogleich zu bemerken, daß die Namens einer Gemeinde oder Körperschaft aufgestellten Eidesleister nicht das Recht haben, den Eid zurückzuschieben, „da dieselben nicht die moralische Person im Allgemeinen vertreten, sondern nur zu einer einzelnen Handlung, nämlich zur Eidesleistung ernannt sind, von welcher die Zurückschiebung des Eides sehr verschieden ist. L.R.S. 1989. Sollten die Eidesleister oder Einer derselben den Eid zurückschieben wollen, so wäre dieß unzulässig und müßte, wenn nach gerichtlicher Verwerfung der Zurückschiebung der Eid nicht geleistet würde, die Annahme von dessen Verweigerung zur Folge haben. Pr.O. §. 557. 570. Ohne Weiters darf übrigens in solch unstatthafter Zurückschiebung nicht die Eidesverweigerung gefunden werden. Annalen XXIII. S. 104. XXIV. S. 172. 285. Umgekehrt ist aber auch nicht zu bezweifeln, daß die Gemeinde oder Körperschaft selbst gegen den Willen der ernannten Eidesleister, mögen diese den Eid leisten oder verweigern wollen, den Eid so lange zurückschieben kann, als er noch nicht geleistet ist, oder die Eidesleister nicht bereits gültiger Weise die Erklärung der Eidesverweigerung abgegeben haben, denn in dieser Eideszurückschiebung liegt ein ganz zulässiger (L.R.S. 2004) Widerruf der Vollmacht der Eidesleister. Wenn Pr.O. §. 549 nur sagt, man könne von der Erklärung der Eidesannahme insolang abgehen, als der Eid nicht geleistet ist, so erklärt sich dieß daraus, daß nach Pr.O. §. 560 in Folge der Eidesverweigerung zwischen den Parteien der Gegensatz von dem, was beschworen werden sollte, als eingestanden angenommen wird, mithin dann selbstverständlich von einer Zurückschiebung des Eides keine Rede mehr sein könnte.

Im gemeinen Rechte (Bayer S. 517, Martin, Vorlesungen über die Theorie des gemeinen deutschen Prozesses. Leipzig 1857. Bd. II S. 274) ist auch unbestritten, daß den moralischen Personen der Eid zugeschoben werden kann, aber seltsam ist es, daß man dieß nur durch fr. 97 D. de condit. et demonstrat (XXXV. 1) belegen kann, welches lautet: „Municipibus, si jurassent, legatum est; haec conditio non est impossibilis. Paulus: Quemad modum ergo pareri potest? per eos itaque jurabunt, per quos municipii res geruntur.“

Dagegen herrscht dort große Meinungsverschiedenheit über die Frage, wie die moralische Person den Eid zu leisten hat? Der gründlichen Abhandlung von Linde, „Beitrag zu der Lehre über den Gebrauch und die Ableistung des Schiedseides von moralischen Personen,“ Archiv für civil. Praxis Bd. X. S. 1 ff. Bd. XIII. S. 181 ff. gebührt das Verdienst, diese Controverse so ziemlich bereinigt zu haben. Die von Linde gewonnene und von Bayer S 517, Schmid S. 336 ff. Martin S. 274 ff. meistens gebilligten Resultate sind kurz folgende: Zunächst wird unterschieden, ob die schwurpflichtige moralische Person 1) aus einer Vereinigung mehrerer physischer Perso-

nen besteht, d. h. eine Körperschaft (universitas, corpus, collegium) ist, 2) oder ob sie aus Einer physischen Person besteht, der von dem Gesetze einer bestimmten Eigenschaft wegen juristische Persönlichkeit beigelegt wird, z. B. Pfarrer, Schullehrer, Beamte rc., 3) oder ob sie endlich aus Sachen besteht, die vom Gesetze als Subjekt von Rechten, d. h. als Personen erklärt worden sind, z. B. Stipendien, Familienstiftungen, Wittwenkassen, Stammgüter rc., bei welch letzteren weiter unterschieden wird, ob sie einer oder mehreren physischen Personen eigenthümlich zustehen, oder wenn sie nicht im Privateigenthum sind, ob die Verwaltungsbehörde durch eine oder mehrere physische Personen gebildet wird. Weil nun die moralischen Personen, soweit möglich, vom Gesetze den physischen Personen gleichgestellt sind, so wird gezeigt, daß in dem 2. Falle, in welchem stets Eine physische Person der Träger der juristischen Persönlichkeit ist, und in dem 3. Falle, sofern Eine physische Person der Eigenthümer oder Verwalter des mit juristischer Persönlichkeit bekleideten Inbegriffs von Sachen ist, — kein Grund zur Abweichung von den allgemeinen Prinzipien vorhanden ist, und daher die betreffende physische Person, wenn sie für die moralische Person einen Eid zu leisten hat, ganz so anzusehen ist, wie jede andere physische Person.

Handelt es sich aber um eine Körperschaft oder um juristische Personen, welche aus Sachen bestehen und durch eine Mehrheit physischer Personen (ein Collegium) vertreten werden, so darf der Eid nicht von einem Mandatar und nicht von allen Mitgliedern der schwurpflichtigen Partei geschworen werden, sondern es muß dies durch drei oder mehrere Mitglieder der Körperschaft oder des Collegiums geschehen, und der De- oder Referent des Haupteides, Diffessions-, Editions- oder Offenbarungseides hat das Recht, dieselben auszuwählen; bei den Notheiden soll der Richter und bei den Schätzungseiden der Producent das Wahlrecht haben. Verweigert auch nur eines der gewählten Mitglieder den Eid, so treten für die juristische Person die Nachtheile der Eidesverweigerung ein.

Vergleichen wir damit die Bestimmungen, welche unsere Prozeßordnung in der Lehre vom Haupteide gibt, so ist in §§. 564—567 im Allgemeinen und ohne Unterschied zwischen physischen und moralischen Personen vorgeschrieben, daß die eidespflichtige Partei in der Regel selbst und nur in gewissen Fällen durch einen Gewalthaber den Eid leisten muß, beziehungsweise darf. In §§. 568—570 wird davon gehandelt, wenn eine Gemeinde oder Körperschaft einen Eid schwören soll, und nirgends wird der anderen Arten von juristischen Personen gedacht, woraus folgt, daß dieselben den allgemeinen Regeln unterliegen. Nach der auch in der Natur der Sache vollkommen begründeten Anschauung des gemeinen Rechts wird daher in den oben bezeichneten Fällen der Repräsentation der moralischen Person durch Eine physische Person diese den Eid in der gewöhnlichen Weise zu leisten haben.

Entgegen der Ansicht von Linde, Bayer und Schmid hat die Prozeßordnung, allerdings in Uebereinstimmung mit gewichtigen Autoritäten, z. B. Thibaut, Martin, Glück (siehe die Allegate in Schmid §. 160 Note 30) die Wahl derer, welche für sie schwören sollen, der Gemeinde oder Körperschaft übertragen, natürlich aber von einer Leistung des Eides durch alle Mitglieder der Gemeinde oder Körperschaft abgesehen.

Weiler, Motive S. 46 zu §. 609 ff. sagt, daß die meisten Bestimmungen über die Art der Eidesleistung der Eidesordnung nachgebildet seien, und dieß gilt auch für die fragliche Vorschrift, denn §. 35 der Eidesordnung vom 24. Mai 1802 (republicirt Reg.Bl. 1803 No. I. II. III. IV.) bezeichnet als einen erlaubten Eid durch Gewalthaber auch den Fall, „wo eine ganze Gemeinheit im Streit ist, welche mittelst aller ihrer Glieder nicht wohl schwören kann, und daher einige der Sache am besten kundige Glieder für sich stellen muß." Ebenso verordnet Pr. O. §. 568, daß die schwurpflichtige Gemeinde oder Körperschaft einige der zu beschwörenden Thatsachen am besten kundige Mitglieder ernennt, beschränkt dies aber in §. 569 durch den weisen Zusatz, daß wenn eigene Handlungen ihrer Vorstände, Verwalter, oder einzelner Mitglieder die für sie gehandelt haben, den Gegenstand der Eidesleistung ausmachen, sie durch diese (deren Leben, Eidesfähigkeit u. dgl. m. natürlich vorausgesetzt), zu geschehen hat. Es folgt dieß daraus, daß die der Sache am besten kundigen Mitglieder schwören sollen, und stünde die Handlung eines Einzelnen in Frage, z. B. die Zahlungsannahme durch den Gemeinderechner, so müßte dieser allein den Eid leisten, denn das Gebot des §. 569 lautet allgemein und hebt daher in einem solchen Falle auch die Vorschrift des §. 568 über die Zahl der Eidesleister auf.

Abgesehen hievon müssen mindestens zwei Mitglieder den Eid leisten und in der Regel wird man mit dem gemeinen Rechte drei oder mehrere Mitglieder verlangen.

Wie übt nun die Gemeinde oder Körperschaft ihr Wahlrecht aus? Nicht ohne Grund wurde aus §. 567

der alten Prozeßordnung geschlossen, daß es eines förmlichen Gemeindebeschlusses bedürfe (Annalen VIII. S. 81. 82), indessen wird man jetzt nach Beseitigung dieser Bestimmung um so unbedenklicher der von Bekk in der Redactionsnote * a. a. O. ausgesprochenen Ansicht beipflichten können, daß nemlich §. 568 nur die Partei benenne, und nichts über die Form von deren Akten sage, mithin da §. 126 der Gemeindeordnung dem Bürgermeister mit den zwei vom Gemeinderathe ernannten Beigeordneten die Besorgung des Geeigneten bei Führung des Rechtsstreites anheimgebe, diese drei Personen auch jene Auswahl vorzunehmen haben.

Andere Körperschaften haben diese Erklärung nach den für ihre Handlungen bestehenden organischen Bestimmungen abzugeben.

Mit dem gemeinen Rechte (Archiv Bd. X. S. 41 und die obigen Allegate) und mit der Eidesordnung §. 35. („Uebrigens ist in diesen Fällen dem, für dessen Interesse geschworen wird, erlaubt, wenn er glaubte, daß der Gegentheil in der Ernennung der Eidesgewaltträger nicht die, welche die beste Kenntniß geben können und werden, erwählt habe, noch einen oder etliche aus der Summe seiner Gegner zu benennen, die dieser mit in seine Vollmacht zur Eidesleistung aufnehmen solle"), gibt §. 568 der Gegenpartei das Recht, die Ernennung anderer Eidesleister zu begehren, wenn die Ernannten nicht von unbescholtenem Rufe oder nicht aus der Zahl derjenigen sind, welche von den zu beschwörenden Thatsachen die beste Kunde haben. Dem fügt Abs. 3 des §. 568 noch bei, daß wenn die Parteien über die Zahl uneinig sind, dieselbe vom Richter bestimmt wird.

Was unter Bescholtenheit zu verstehen ist, bildet eine Thatfrage, doch dürfte §. 18 des Bürgerrechtsgesetzes (Reg.Bl. 1851 S. 303), eine recht passende Analogie zur Beantwortung darbieten, denn offenkundig schlechte Haushälter oder Trunkenbolde oder solche, welche offenkundig einen ausschweifenden Lebenswandel führen, Entmündigte, Mundtodte, kurz alle die, welche dort genannt werden, sind Leute, die keinen unbescholtenen Ruf haben, und die sich gewiß der Prozeßgegner nicht als Eidesleister gefallen zu lassen braucht.

Zu schwierigen Erörterungen kann es führen, wenn den Ernannten die beste Kenntniß bestritten wird, indessen ist hier daran festzuhalten, daß, weil die Gemeinde oder Körperschaft das Wahlrecht hat, dem Gegner nicht einfacher Widerspruch gestattet sein kann, sondern er durch bestimmte Thatsachen belegen muß, daß und warum die Ernannten nicht der Sache am besten kundig sind, wohin es selbstverständlich gehört, wenn er zeigen kann, daß im einzelnen Falle §. 569 Platz greift.

Ebenso muß er nach dem alten Satze „quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium" die Bescholtenheit des oder der Ernannten begründen.

Da die Eidesleistung erst nach rechtskräftigem Urtheile stattfindet (§. 552 Pr.O.), so kann erst in diesem Stadium des Prozesses die Bestimmung der Eidesleister für die Gemeinde oder Körperschaft vorgenommen werden (Annalen IV. S. 164), und das hierüber entstehende Verfahren richtet sich daher nach Pr.O. §. 641, so daß der Gegner für seine Einwendungen gegen die zur Eidesleistung ernannten Mitglieder der Gemeinde oder Körperschaft, und ebenso diese für ihre Widerlegungsbehauptungen sogleich und unaufgefordert den Beweis anzutreten haben, widrigenfalls die einen und die anderen bei etwaigem Widerspruche des Gegentheils unberücksichtigt bleiben müssen.

Annalen VIII. S. 82. Redactionsnote **.

Um die Ausübung des Wahlrechts und des Recusationsrechts zu ermöglichen, muß der Richter nach Eintritt der Rechtskraft des auf Eid erkennenden Urtheils zunächst die eidespflichtige Gemeinde oder Körperschaft zur Ernennung von Eidesleistern auffordern, von deren Wahl den Gegner benachrichtigen, und erst nachdem dieser keine Einwendungen vorgebracht hat, oder dieselben durch Erkenntniß erledigt sind, darf die Eidestagfahrt anberaumt werden.

Sollte die Gemeinde oder Körperschaft auch auf Androhung des speciellen Rechtsnachtheils die erste oder die durch gültige Einwendungen des Gegners nothwendig gewordene wiederholte Ernennung von Eidesleistern unterlassen, so trifft sie nach der allgemeinen Vorschrift des §. 557 Pr.O. der Rechtsnachtheil, daß der Eid als verweigert angesehen wird.

Durch den Schlußsatz des §. 568 ist zwar eine richterliche Entscheidung nur über die Zahl der Eidesleister vorgesehen, allein im Hinblicke auf den vorhergehenden Absatz und auf §. 569 ist von selbst klar, daß der Richter auch über die Streitigkeiten wegen Zulässigkeit und Befähigung der von der Gemeinde oder Körperschaft ernannten Eidesleister Erkenntniß geben muß. Ergibt sich aus den Akten, daß ein Fall des §. 569 vorliegt, so muß der Richter, da es sich um den Vollzug einer gebietenden Vorschrift handelt, auch ohne Antrag des Gegentheils und

von Amtswegen aussprechen, daß nur die betreffenden Personen zur Eidesleistung zugelassen werden. Im Uebrigen ist dem Gegentheil lediglich ein Recusationsrecht gegeben, weßhalb aus den in Abs. 2 des §. 568 bezeichneten Ablehnungsgründen der Richter nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Gegentheils einen ernannten Eidesleister zurückweisen darf. Pr O. §. 5.

Wird den Einwendungen der Gegenpartei stattgegeben, und liegt nicht ein Fall vor, in welchem zufolge §. 569 nur bestimmte Personen den Eid leisten dürfen, so beschränkt sich das Erkenntniß darauf, daß die betreffenden Personen verworfen werden, und die Gemeinde oder Körperschaft aufgefordert wird, an deren Stelle andere zur Eidesleistung vorzuschlagen, gegen welche der Gegentheil wiederum Ablehnungsgründe vorbringen darf, denn nur das Recht, die Ernennung Anderer zu begehren, nicht ein selbstständiges Vorschlagsrecht ist in §. 568 Abs. 2 der Gegenpartei gegeben. Annalen a. a. O.

Gegen ein solches Zwischenerkenntniß wird zufolge Pr.O. §. 353. 1128 Z. 2 in der Regel nicht sogleich ein Rechtsmittel zuläßig sein, was auch zweckmäßig ist, denn erst nach Erlassung des Vereinigungsbescheids zeigt sich, ob die Zulassung oder Verwerfung eines Eidesleisters die Partei, gegen deren Antrag es geschah, beschwert; wurde z. B. die Gemeinde gegen ihren Willen angehalten, an die Stelle eines Eidesleisters einen andern zu ernennen, und dieser leistet den Eid, so ist ihr das Zwischenerkenntniß ganz unnachtheilig. Freilich kann in Folge dessen, wenn auf die Berufung gegen den Vereinigungsbescheid das Obergericht die Personen, welche für die Gemeinde schwören sollen, anders bestimmt, eine vergebliche Eidesabnahme vorkommen, indessen dieß ist auch möglich bei der Einvernahme eines als unzuläßig bekämpften Zeugen, und doch findet der allgemeine Grundsatz des §. 353. 1128 Ziff. 2 auch hier Anwendung Pr.O. 423.

Ist ein solches Zwischenerkenntniß wegen der Eidesleister ergangen, und der Vereinigungsbescheid fällt in Folge davon zum Nachtheile dessen aus, welcher mit seinen Anträgen bei dem Zwischenerkenntniß unterlegen ist, so muß ihm nach Pr.O. §. 352. 354. 1124. 1125. 1128 Ziff. 2 das Rechtsmittel der Appellation gegen den Vereinigungsbescheid auf Grund der durch das Zwischenerkenntniß erlittenen Beschwerde gestattet sein. Das Verbot des §. 561 Abs. 2 Pr O. steht nicht entgegen, weil es sich nur auf das Erkenntniß bezieht, soweit es die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eids ausspricht, also lediglich das verwirklicht, was schon in dem bedingten Endurtheile vorgesehen war, während hier die Appellation gegen etwas ganz anderes, nämlich gegen die Bestimmung der Eidesleister gerichtet wird, welche eine im Endurtheile offen gelassene Frage betrifft, also eine Ergänzung des Urtheils enthält, und gleich diesem appellabel sein muß. Aus den gleichen Gründen hat der oberste Gerichtshof die Berufung gegen einen die Eidesverweigerung annehmenden Vereinigungsbescheid zugelassen (Annalen XXIV. S. 172) und ebenso hat derselbe in einem anderen Falle ausgesprochen, daß die Berufung gegen einen die Folgen der Eidesleistung aussprechenden Vereinigungsbescheid statthaft sei, wenn die Beschwerde darin besteht, daß der Unterrichter vor dessen Erlassung den Antrag auf Ausspruch der Annahme der Eidesverweigerung und deren Folgen stillschweigend verworfen habe, wobei namentlich als unzweifelhaft bezeichnet wurde, daß man die Beschwerde gegen ein solches Zwischenerkenntniß nach Erlassung des sich darauf stützenden Enderkenntnisses geltend machen dürfe. Annalen XXIV. S. 286. Ein besonderes Erforderniß für die materielle Begründung einer solchen Appellation liegt in dem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem beschwerenden Zwischenerkenntniß und dem Vereinigungsbescheid, denn ohne solchen kann Ersteres nicht einen Grund zur Beschwerde gegen Letzteres abgeben. Wäre z. B. ein von der Gemeinde vorgeschlagener Eidesleister ohne Grund verworfen und sie also mit Unrecht genöthigt worden, statt seiner einen Andern zu ernennen, so könnte ihre Berufung gegen den Vereinigungsbescheid doch nur erfolgreich sein, wenn allein der gegen ihren Willen aufgestellte Eidesleister den Eid verweigert hat, dann hätte es auch nur Einer der Anderen ebenfalls gethan, so müßten schon deßhalb und ganz abgesehen von des Ersteren Erklärung die Folgen der Eidesverweigerung eintreten Pr O. §. 570.

Ueber die Frage, welche Folgen es hat, wenn die ernannten Eidesleister einzeln oder sämmtlich den Eid verweigern, hat §. 35 der Eidesordnung folgende zu unabsehbaren Weiterungen und Verwicklungen führende Vorschrift: „Allen solchen Eidesgewaltträgern bleibt jedoch frei, wenn sie die vorausgesetzte Kenntniß nicht hätten, um über Wahrheit oder Unwahrheit der in Frage stehenden Thatsache etwas sagen zu können, sich der Ernennung zu entschlagen; wenn sie auf Verlangen den Unwissenheitseid ableisten können, wo dann nur diejenigen, welche in diesem Falle der Entschlagung nicht sind, zur wirklichen

Ablage kommen, wenn sie solche mit gutem Gewissen zu leisten vermögen, wären aber alle in dem Fall der Unwissenheit, so muß der Haupttheil, der zu schwören hat, durch andere besser qualifizirte Genossen den schuldigen Eid leisten, oder wird der Sache verlustig."

Die Pr.O. vom Jahre 1831 hatte diesen Punkt gar nicht berührt, doch wurde aus wissenschaftlichen Gründen die Ansicht aufgestellt, daß der Eid für die Gemeinde oder Körperschaft als verweigert gelte, wenn auch nur Einer der ernannten Eidesleister den Eid verweigere. Annalen VIII. S. 83. Dieß hat nun auch bei der neuen Abfassung der Pr.O. seinen gesetzlichen Ausdruck erhalten, indem der dabei eingeschaltete neue §. 570 besagt, daß wenn der Eid in den Fällen der §§. 568 und 569 auch nur von einer der Personen, die ihn leisten sollen, verweigert wird, die Folgen der Eidesverweigerung eintreten.

Daß im Falle der Eidesleistung von sämmtlichen Ernannten zu Gunsten der Gemeinde oder Körperschaft die Folgen der Eidesleistung eintreten, bedarf im Hinblicke auf Pr.O. § 568. 569. 570 keines Nachweises. Zur Ableistung eines Eides für die Gemeinde oder Körperschaft kann Niemand gezwungen werden und der deßfalls in der Eidesordnung vorgeschriebene Unwissenheitseid darf jetzt nicht mehr verlangt werden. Sind die Eidesleister durch gegenseitige Uebereinstimmung der Parteien oder durch richterliches Erkenntniß ernannt, so ist das Wahlrecht der Gemeinde oder Körperschaft erloschen, und es steht ihr nicht mehr zu, andere Eidesleister vorzuschlagen, daher muß sie sich vorher verlässigen, ob die von ihr bezeichneten Personen den Auftrag zur Eidesleistung annehmen; das Gericht hat sich darum nicht zu kümmern, sondern lediglich die einmal Ernannten zur Schwurtagfahrt vorzuladen, und wenn dann diese sich dem Auftrag nicht unterziehen wollen, so kommt eben § 570 zur Anwendung, da die Gründe, aus denen der Eid nicht geleistet wird, hier so wenig als in andern Fällen den Richter interessiren, welcher sich einfach an die äußere Thatsache der Eidesverweigerung hält.

Die Grundsätze über die Leistung des Haupteides durch moralische Personen gelten auch für die übrigen Eidesarten, denn, wie wie oben gesehen haben, sind dieß entweder solche Eide, welche theils ihrer Natur nach, theils ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zufolge im Allgemeinen den Regeln des Haupteides unterliegen, oder es sind nothwendige Eide, für welche §. 603 Pr.O. die Bestimmungen des XXIV. Titels über die Eidesleistung als anwendbar erklärt.

In der Annalen XXV. S. 37 mitgetheilten Entscheidung ist der Satz aufgestellt, daß moralische Personen den Haupteid nur dann in der Form des Nichtwahrseins zu leisten haben, wenn die zu beschwörenden Thatsachen nicht nur eigene Handlungen des Delaten, sondern auch der ihn zur Zeit des Rechtsstreites noch vertretenden Vorsteher sind, andernfalls mithin lediglich die Leistung des Unwissenheitseides gefordert werden könne. Wäre dies richtig, so ergäbe sich daraus eine weitere und sehr folgenreiche Eigenthümlichkeit des civilprozessualischen Eides der moralischen Personen, denn es leuchtet ein, daß die nämliche Beschränkung in andern gleichstehenden Fällen eintreten müßte, mithin auch bei anderen Eiden die Formel „Es ist nicht wahr" unter der gedachten Voraussetzung unzulässig wäre, z. B. bei dem Notheide und bei dem Diffessionseide. Selbst in der Formel des Editionseides (§. 752 Pr.O.) müßte darnach eine Aenderung eintreten, wenn während der möglichen Besitzzeit ein Wechsel der Vorsteher stattgefunden hätte. Ebenso müßte dieser Grundsatz zur Anwendung kommen, wenn es sich um den Eid in der Formel „Es ist wahr" handelt, da die eidliche Bekräftigung der Wahrheit unmöglich anders behandelt werden kann, als die Versicherung der Unwahrheit, und dies würde für die Eideszurückschiebung (Pr.O. §. 539. L.R.S. 1262), so wie für die Auflage, ja sogar für die Möglichkeit (Annalen XXI. S. 87. XXII. S. 119) der Notheide und für die Zulässigkeit der Widerrufs- und Wiederherstellungseide von wesentlichem Einfluß sein. Hiernach und da die Folgen dieser Ansicht bald den Prozeßgegner der moralischen Personen, bald auch diese selbst wesentlich gefährden können, muß ich mir erlauben, meine Zweifel gegen die Richtigkeit des fraglichen Satzes auszusprechen.

Zunächst ist hier anzuführen, daß ich weder in den Quellen noch in der Literatur des gemeinen Rechts irgend eine Andeutung gefunden habe, wornach hinsichtlich der Eidesformel zwischen moralischen und physischen Personen ein Unterschied gemacht würde. Auch unsere particularrechtliche Literatur bietet bis auf den allegirten Aufsatz hiefür keinen Anhaltspunkt, und ebensowenig enthält die Eidesordnung und die Prozeßordnung alter und neuer Redaction hierüber eine Vorschrift, während sich doch beide Gesetze mit den Eiden der moralischen Personen mehrfach beschäftigen, also auch diese Frage

zu berühren Anlaß hatten. Namentlich spricht die Prozeßordnung in §. 527 von der Eideszuschiebung an moralische Personen und gleich darauf bestimmt sie in §. 530 die Formel der Eide, weßhalb man wohl unterstellen darf, daß, wenn sie an letzterer Stelle keine ausdrückliche Vorschrift für moralische Personen gibt, dies nicht aus Uebersehen, sondern absichtlich geschah. Von vornherein scheint also die Annahme gerechtfertigt, daß hinsichtlich der Eidesformel die grundsätzliche Gleichstellung der moralischen mit physischen Personen zur Anwendung kommen muß.

Aus dem Begriffe der ewigen Fortdauer der moralischen Personen und aus dem Begriffe der ihnen zustehenden juristischen Persönlichkeit folgt, daß eigene Handlungen der moralischen Personen von Gesetz und Wissenschaft ohne Rücksicht auf den Wechsel der Vertreter oder Mitglieder angenommen werden, was von manchen Schriftstellern des gemeinen Rechts allerdings irrthümlich so weit ausgedehnt wird, daß sogar Verbrechen der moralischen Personen denkbar sein sollen. (Vrgl. Thibaut, Pandekten §. 132 vor und in Note 1 und Feuerbach, Lehrbuch des p. R. §. 28 mit der Note von Mittermaier.) Nur ist das Gebiet der eigenen Handlungen von moralischen Personen beschränkter als bei physischen Personen, denn bei diesen entscheidet die äußere Thatsache, von wem die Handlung geschah, bei moralischen Personen aber kommt außerdem in Betracht, daß, wie Feuerbach a. a. O. sehr richtig sagt, alles dem Zwecke der moralischen Person Fremde außerhalb des Kreises ihrer Thätigkeit liegt, und daß die moralischen Personen gewisse organische Einrichtungen haben, wodurch die Befugniß ihrer Vertreter und Mitglieder, für sie zu handeln, eingeschränkt, und die Rechtsgültigkeit ihrer Akte an mancherlei Vorschriften gebunden ist. (Vergl. z. B. §. 122, 151 der Gemeindeordnung.)

Als eigene Handlungen moralischer Personen können daher nur die anerkannt werden, welche sowohl in Bezug auf die Legitimation des Handelnden, als auch in Bezug auf Wesen und Form der Handlung den oben angedeuteten Bedingungen entsprechen. Natürlich können auch aus anders beschaffenen Handlungen sowohl Rechte als auch Verbindlichkeiten für die moralische Person entspringen (z. B. L.R.S. 1372 ff. 1384), aber es stehen dann fremde Handlungen in Frage, selbst wenn sie von den Vertretern der moralischen Person ausgegangen sind. Steht demnach fest, daß es, obwohl mit gewissen Beschränkungen, eigene Handlungen der moralischen Personen gibt, so sollte man meinen, daß nach dem klaren, keinerlei Unterscheidung machenden Wortlaute des §. 530 diese Gesetzesstelle vorkommenden Falles darauf Anwendung finden müsse, und der darüber zugeschobene Eid in der Formel „Es ist nicht wahr" zu leisten sei.

Die allegirten Entscheidungsgründe kommen aber zu einem anderen Ergebniß, indem zwar in deren Eingang anerkannt ist, daß eine eigene Handlung der schwurpflichtigen moralischen Person trotz des Wechsels ihrer Vorsteher vorliege, dessen ungeachtet aber eben wegen dieses Wechsels aus der Natur der moralischen Person die Auflage des Unwissenheitseides zu rechtfertigen versucht wird. Es wird hierfür geltend gemacht, daß die moralischen Personen als ideelle Wesen gar keiner Handlung fähig seien, und sohin immer nur über Handlungen von Personen schwören, für welche sie haften, und daß ihnen die Eigenschaft des Gedächtnisses und der Erinnerung abgehe, welche der Wahrheitseid voraussetze, weßhalb man bezüglich moralischer Personen von eigenen Handlungen im Sinne von §. 530 gar nicht, oder wenigstens nur dann sprechen könne, wenn die Vertreter der moralischen Person, welche die zu beschwörende Handlung vorgenommen haben, zur Zeit der Eidesleistung noch Vertreter der schwurpflichtigen Partei sind.

Darnach würde es Handlungen geben, welche zwar im Allgemeinen eigene Handlungen der moralischen Person sind, nicht aber im Sinne des §. 530, also wird unterstellt, daß diese Gesetzesstelle für moralische Personen mit den Worten „eigene Handlungen" einen von den allgemeinen Rechtsregeln abweichenden Begriff verbinde, wozu mir jeder innere und äußere Anhalt zu fehlen scheint.

Der aus dem Wesen der moralischen Person entnommene Grund läßt meines Erachtens nicht die Beschränkung auf den Fall eines Wechsels der Vorsteher zu, denn dessen Consequenz führt nothwendig dahin, daß man den moralischen Personen niemals einen Wahrheitseid zumuthen darf, da ihre Natur dieselbe bleibt, welche Vorsteher sie auch haben mögen. Zwischen diesem Vordersatz und Nachsatz glaube ich daher einen Widerspruch zu finden, der mir wie eine Art Zugeständniß an die richtige Meinung vorkommt.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 28.

I.

Ueber den civilprozessualischen Eid in Bezug auf moralische Personen.

(Schluß.)

Was man aus der Natur der moralischen Personen ableitet, schließt nicht nur, wie oben bemerkt wurde, jeden Wahrheitseid aus, sondern überhaupt jeden Eid, da auch bei dem Unwissenheitseide nach §. 530 Nachforschungen und eine Ueberzeugung vorausgesetzt werden, welche für moralische Personen streng genommen nicht denkbar sind. Meiner Ansicht nach spricht jener Hauptgrund einen zwar an sich ganz richtigen Gedanken aus, welcher, wie ich im Anfang dieses Aufsatzes sagte, die Zulässigkeit der Eide von moralischen Personen überhaupt und im Allgemeinen in Frage stellt, aber eben darum beweist er zu viel und widerstreitet dem Gesetze, welches von anderen Betrachtungen geleitet den moralischen Personen die Eidesfähigkeit beigelegt hat.

Wenn am Schlusse der allegirten Entscheidungsgründe noch bemerkt wird, daß der Wahrheitseid der Sache nach dem Unwissenheitseide gleichstehe, sofern die Eidesleister nicht auch diejenigen sind, welche die zu beschwörende Handlung vorgenommen haben, so widerlegt sich dieß dadurch, daß ein großer Unterschied obwaltet zwischen der bestimmten Versicherung der Unwahrheit und zwischen der Betheuerung, daß man sich von der Wahrheit nicht überzeugt habe. Dieß fühlten auch in dem dort referirten Falle die Vertreter des schwurpflichtigen Fonds sehr wohl, da sie sonst nicht allein wegen der Eidesformel appellirt hätten.

Gegen die Richtigkeit der fraglichen Entscheidung sollen meine Bedenken nicht gerichtet sein, da möglicher Weise die zu beschwörende Handlung für die moralische Person wegen mangelnder Legitimation der Handelnden oder aus anderen Gründen in dem oben erörterten Sinne eine fremde sein könnte und deßhalb die Auflage des Unwissenheitseides gerechtfertigt wäre, aber die Richtigkeit des dabei aufgestellten Grundsatzes kann ich nicht anerkennen, glaube vielmehr, daß abgesehen von der angedeuteten Beschränkung des Begriffes von eigenen Handlungen die Formel des von moralischen Personen zu leistenden Eides denselben Regeln unterliegt, wie dem der Eide physischer Personen.

Die gestattete Beiladung eines Dritten zur Eidesleistung (P.-O. §. 114. 566. 567) gibt den moralischen Personen ein Auskunftsmittel, um die Folgen des Wechsels ihrer Vorsteher auszugleichen, wie §. 568. 569 dem Prozeßgegner die Sicherheit gewährt, daß, sofern es möglich ist, nur diejenigen, welche wirklich gehandelt haben, den Eid leisten und nicht Dritte, welche sich nur auf künstlichem Wege eine Ueberzeugung von Wahrheit oder Unwahrheit bilden können.

Dr. Puchelt.

II.

Baupflicht.

Erster Fall.

1) Verträge haben nur unter denen, die sie schließen, rechtliche Wirkung.

2) Ein erst in der Beweisinstanz angeführtes Baufactum kann nicht mehr als Klaggrund berücksichtigt werden.

Die Zehentherrn auf Bamlacher und Rheinweiler Gemarkung sind schuldig, das Pfarrhaus sammt Oekonomie-

gebäuden, soweit solche nicht aus dem jährlichen Baubeitrage der Pfarrei bestritten werden können, baulich zu unterhalten.

Die Kirchspielsgemeinden Bamlach und Rheinweiler behaupten jedoch, daß die Decimatoren für Sakristei und Chor in der Bamlacher Kirche, desgleichen für das Pfarrhaus sammt Oekonomiegebäuden ganz allein baupflichtig seien und stützen ihre Klage auf rechtskräftige Entscheidungen, Anerkenntnisse und Baufacten aus verschiedenen Perioden, welche jedoch theils als unerheblich, theils als unstatthaft verworfen wurden, mit Ausnahme eines Baufacts von 1755, worüber den Beklagten der Nichtwissenseid auferlegt ist.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 26. Mai 1858.

Die klagenden Gemeinden halten sich dadurch für beschwert, daß die Urtheile der vordern Instanzen die Verbindlichkeit der beklagten Zehntherrn, sämmtliche Bau- und Reparaturkosten für den Chor in der Bamlacher Kirche und für das dortige Pfarrhaus sammt den dazu gehörigen Oekonomiegebäuden zu tragen, theils überhaupt nicht, theils nur bedingt anerkannt haben.

Ihre Beschwerde ist jedoch nicht gerechtfertigt. Indem die Klage jene alleinige Baupflicht der Beklagten behauptet, obgleich denselben nur ein Theil am Zehnten zusteht, stützt sie sich in erster Reihe auf mehrere Decrete, welche in den Jahren 1766 und 1767 vom bischöflichen Officialat Namens der Constanzer Curie auf Klage der Pfarrei Bamlach gegen den damaligen Zehntherrn, Forstmeister v. Zink, erlassen wurden und denselben zur Reparatur des Kirchenchors, sowie des zum Pfarrhof gehörigen Kelterhauses verbunden erklärten. Abgesehen indessen davon, daß in der damaligen Klage eine alleinige Baupflicht des Beklagten nicht in Anspruch genommen, vielmehr das Begehren gestellt war, daß derselbe nach Verhältniß seines Antheils am Zehnten zur Reparatur beizutragen habe, so bilden auch jene Decrete keine rechtskräftigen Entscheidungen, da sie in Folge der spätern Verhandlungen, — welche auf Veranlassung der k. k. vorderösterreichischen Regierung vor der durch die geistliche und weltliche Behörde eingesetzten Commission abermals über dieselbe Streitfrage gepflogen wurden, — als aufgehoben zu betrachten sind.

Das mit der Klage in zweiter Reihe angerufene Schreiben des Forstmeisters v. Zink vom 30. März 1767 war nur an dessen Anwalt gerichtet, und kann, wenn es auch von letzterm zur Begründung einer Fristbitte dem Gerichte vorgelegt wurde, nicht als eine der Pfarrei gegenüber abgegebene Erklärung, demnach auch nicht als ein rechtsgültiges Anerkenntniß der Baupflicht im Sinne des §. 2 des Kirchenbauedicts vom 26. April 1808 angesehen werden.

Zu dem Vergleich, welchen die Zehntherrin Maximiliane Gölzrrich am 25. Januar 1713 mit dem Collator der Pfarrei, v. Rottberg, abgeschlossen und wonach sie die Verbindlichkeit übernommen hat, die Kosten der Reparaturen des Pfarrhauses zu $^{2}/_{3}$, die der Reparaturen des Kirchenchors allein zu tragen, haben weder die Pfarrei, noch die klagenden Gemeinden mitgewirkt; letztere können daher ihn ebensowenig für sich geltend machen, als die Verträge, welche von den Nutznießern des Zehnten in den Jahren 1828 und 1834 mit den Zehntpächtern abgeschlossen wurden und diesen theilweise die Unterhaltung des Kirchenchors und Pfarrhauses auferlegten. L.R.S. 1165.

Was endlich die in der Klage angeführten Baufacten betrifft, so sind diejenigen, welche von den Nutznießern des Zehnten in den Jahren 1802—1836 vorgenommen wurden, zur Begründung einer Baupflicht der Zehnteigenthümer nicht geeignet, und diejenigen, welche nach Beendigung der Nutznießung vorgenommen wurden, nicht als Hauptausbesserungen im Sinne des §. 1 des Kirchenbauedicts anzusehen. Der Baufall vom Jahre 1722 endlich, welcher erst in der Beweisinstanz angerufen wurde, während in der Klage alle Baufälle, die zu ihrer Begründung dienen sollten, speciell angegeben waren, kann, als verspätet vorgebracht, keiner Berücksichtigung unterliegen. — §. 304 der Pr.O. u. D. R.

Zweiter Fall.

1) Willenserklärungen müssen, so allgemein auch ihr Wortlaut sein mag, auf denjenigen Gegenstand beschränkt bleiben, worüber die Parteien erweislich verfügen wollten.

2) Das Anerkenntniß eines Zehentherrn ist sonach nicht über dessen hilfsweise Baupflicht auszudehnen.

Freiburg gegen Fiscus.

Der großh. Domainenfiscus war von der Stadtgemeinde Freiburg und dem Kirchenfond Wiehre wegen u…

beschränkter und ausschließlicher Baupflicht zur Pfarrkirche in der Wiehre nebst allen ihren Zubehörs den auf den Grund eines Anerkenntnisses vom 10. Juli 1827 belangt werden, nach welchem jedoch der Beklagte nur die dem Zehentherrn obliegende Baupflicht und nichts weiter, zugestanden haben will, die er auch jetzt nicht streitig macht.

In dem deßfallsigen Prozesse handelte es sich daher hauptsächlich um die Auslegung des gedachten Anerkenntnisses, welche zum Nachtheil der Kläger ausfiel, indem sie durch die gleichförmigen Urtheile aller 3 Instanzen mit ihrer Klage abgewiesen wurden.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 26. Mai 1858.

Die Klage ist darauf gestützt, daß der Beklagte die in Anspruch genommene Baupflicht als eine mit dem Patronatrecht auf ihn übergegangene Last anerkannt habe. Ueber den Wortlaut und die Giltigkeit des Anerkenntnisses ist kein Streit unter den Parteien, sondern nur über den Umfang der darin anerkannten Bauverbindlichkeit, indem klägerischer Seits behauptet wird, daß jenes Anerkenntniß, weil es von der Pfarrkirche im Allgemeinen und ohne Ausnahme irgend eines Theils spreche, alle Theile der Kirche umfasse, und die Kirchspiels-, resp. politische Gemeinde, ja selbst die Kirchenkasse, von der Concurrenz befreie, während der beklagte Theil sich zu mehr nicht verbunden hält, als das Gesetz dem Zehntherrn zu bauen auferlegt, also nur eine hilfsweise Baupflicht an denjenigen Theilen anerkennt, die der Zehntherr als Solcher, zu bauen hat.

Nach L.R.S. 1163 müssen Willenserklärungen, so allgemein auch ihr Wortlaut sein mag, gleichwohl auf denjenigen Gegenstand beschränkt bleiben, worüber die Parteien erweislich verfügen, wozu sie sich also verpflichten wollten. Erwägt man im Hinblick auf diese Bestimmung, wem, auf welche Veranlassung und zu welchem Zwecke jene Erklärung abgegeben worden ist, so kann dieselbe nicht über die Gränze derjenigen Baupflicht ausgedehnt werden, welche dem Zehntherrn, als Solchem, obliegt.

Es ergibt sich nemlich aus den klägerischen Ausführungen selbst, daß der großh. Fiscus, nachdem er früher die Baupflicht verweigert hatte, und die Zehntherrn fürsorglich zu den Baukosten angehalten worden waren, von dem, vorzugsweise als Zehntherr betheiligten Freiherrn von Baden, bevor dieser Klage erhob, durch außergerichtliche Vorstellungen zur Uebernahme der Baupflicht aufgefordert, und daß diesem Zehntherrn in Folge seiner Vorstellung die in Frage stehende Erklärung, worin die Baupflicht an der Pfarrkirche in der Wiehre anerkannt ist, abgegeben wurde.

Da nun den Zehntherrn keine größere Baulast zugemuthet werden konnte und wollte, als diejenige, welche ihnen das Baudict zuweist, und da sie kein anderes Interesse und keinen andern Zweck haben konnten, als eben diese Baupflicht, die ihnen zugemuthet war, von sich ab und auf den großh. Fiscus zu wälzen, so hatte auch der großh. Fiscus, indem er diesen Vorstellungen nachgab, keine Veranlassung, eine weitere Verbindlichkeit, als die den Zehntherrn fürsorglich zugedachte, anzuerkennen und andere Personen, als die Zehntherren, von der ihnen obliegenden Baulast zu befreien. Es darf ihm daher auch keine andere Absicht unterstellt werden, als die Baupflicht nur zum Vortheil der Zehntherrn anzuerkennen, was dann natürlich auch der in letzter Ordnung baupflichtigen Gemeinde in diesem Umfange -- aber auch nur in diesem Umfange — zu gut kommt, wogegen aber diejenigen Bauverbindlichkeiten, welche nach dem Gesetze dem Zehntherrn nicht, sondern der Kirchspielsgemeinde obliegen, und worüber die Zehntherrn gerichtlich oder außergerichtlich zu streiten keine Ursache hatten, nicht als ein Gegenstand betrachtet werden können, auf den sich die dem Zehntherrn abgegebene Erklärung beziehen sollte.

Daß der großh. Fiscus das Patronatrecht als Grund seiner Verpflichtung angesehen, kann nichts entscheiden, weil über den Umfang dieser Pflicht keine bestimmten Regeln bestehen und stets nur das als maßgebend angesehen werden kann, was die Parteien nach den vorliegenden Umständen verlangt und zugestanden haben.

Da nun das Anerkenntniß den einzigen Klaggrund bildet, so haben die vordern Instanzen mit Recht, wie geschehen erkannt rc. D. R.

III.

Ist der Verkäufer einer Kuh, welcher dem Käufer zugesagt hat, daß dieselbe trächtig sei und in einer gewissen Frist ein Kalb werfen werde, wenn seine Zusage nicht in Erfüllung geht den Käu-

fer zu entschädigen verpflichtet und nach welchem Maasstab?

R. Hochstetter erhob am 21. Juni v. J. eine Klage gegen J. Freudenberger, worin er 53 fl. 30 kr. Entschädigung dafür forderte, daß der Beklagte am 25. Februar v. J. beim Verkauf einer Kuh um 70 fl. an ihn dafür die Gewähr übernommen habe, daß die Kuh Ausgangs März v. J. ein Kalb werfe, daß sie aber kein Kalb geworfen habe, überhaupt, nicht trächtig gewesen sei.

Seinen Schaden berechnete der Kläger folgendermaaßen:

a) das Kalb würde einen Werth von	11 fl.
gehabt und	
b) die Kuh nach den ersten vierzehn, auf die Geburt des Kalbs folgenden Tagen im ersten Vierteljahr täglich wenigstens sieben Hafen Milch im Werth von je 5 kr. zu . . .	52 fl. 30 kr.
und im zweiten Vierteljahr täglich wenigstens 4 Hafen Milch im Werth von je 5 kr zu	30 fl.
gegeben haben. Rechne man an diesen	93 fl. 30 kr.
die Kosten für Fütterung der Kuh mit	40 fl.
ab, so hätte sich ein reiner Gewinn von	53 fl. 30 kr.
ergeben.	

Nachdem der Kläger den ihm über diese Thatsachen auferlegten Beweis durch Berufen auf das Gutachten eines Sachverständigen angetreten hatte, wies ihn das Amtsgericht mit der erhobenen Klage deßhalb ab, weil es sich hier um einen verborgenen Fehler handle; wegen eines solchen könne der Kläger zwar Auflösung des Vertrags oder Minderung des Kaufpreises verlangen, sei aber ein Anspruch auf Entschädigung nur dann begründet, wenn der Verkäufer den Fehler gekannt habe, was nicht behauptet sei.

Gegen dieses Urtheil appellirte der Kläger, indem er ausführte, es handle sich hier überhaupt nicht um einen Fehler, sondern um Entschädigung wegen einer beim Kauf gemachten, aber nicht erfüllten Zusage.

Nach dem in zweiter Instanz erhobenen Gutachten erschienen die Ansätze des Klägers gerechtfertigt.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ.-Sen.) erkannte am 5. Mai 1858 abändernd dem Kläger Schadenersatz zu aber nur im Betrage von 35 fl. und zwar aus folgenden

Gründen:

Die Klage stützt sich darauf, daß die an den Kläger verkaufte Kuh nicht, wie ausdrücklich zugesagt war, trächtig gewesen sei und nicht Ende März 1857 ein Kalb geworfen habe. Hiernach handelt es sich nicht um einen positiven fehlerhaften Zustand des Kaufgegenstands, sondern um das Nichtvorhandensein einer gewissen zugesagten besonderen Eigenschaft die nicht schon zum Wesen des Kaufobjects gehört; deßhalb ist nicht eine Gewährleistungsklage wegen verborgener Fehler — L.R.S. 1641 — sondern lediglich eine Klage auf Entschädigung wegen nicht erfüllten Vertrags in Frage. L.R.S. 1146 ff.

Zur Entschädigung ist nicht allein derjenige verpflichtet, welcher die übernommene Verbindlichkeit überall nicht, sondern auch derjenige, welcher sie nicht gehörig, sei es nicht zur bedungenen Zeit oder nicht im bedungenen Maaße, erfüllt hat.

Der Beklagte vermochte nicht zu behaupten, daß die verkaufte Kuh ein Kalb geworfen habe. Der Kläger, durch das Nichteintreten dieses bestimmt zugesagten Ereignisses unzweifelhaft beschädigt, hat den ihm zugegangenen Schaden nach dem Werth des Kalbs und der Milch berechnet, die er erhalten haben würde, wenn dasselbe eingetreten wäre. Die thatsächlichen Behauptungen des Klägers bezüglich des Betrags des ihm entgangenen Gewinns, für welchen der Beklagte kraft seiner Zusage einzustehen hat, L R S. 1147, sind durch den vom Richter ernannten Sachverständigen bestätigt, nach dessen Gutachten der Gewinn, welcher dem Kläger entgangen ist, sich auf 53 fl. 30 kr. belaufen würde. Diese Wahrscheinlichkeitsberechnung gründet sich indeß auf die Unterstellung eines durchaus günstigen Verlaufs und des Nichteintritts irgend welcher störender Zufälle; wie z. B. einer Erkrankung der Thiere, andererseits ist dabei der dem Kläger durch Benützung der Kuh als Zugthier u. s. w. zugegangene Vortheil nicht in Betracht genommen; deßhalb und da es sich überhaupt nur um entgangenen möglichen Gewinn handelt, kann nicht das höchste Maas angenommen werden, sondern hat billiges richterliches Ermessen einzutreten. Duranton VI. No. 481, nach welchem mit Rücksicht auf die oben berührten Verhältnisse der im Urtheil angenommene Entschädigungsbetrag angemessen erschien. Erf.

IV.

Waidrecht.

1) Zur Ersitzung ist nur ein unzweideutiger Besitzstand geeignet.

2) Das Anerkenntniß des L.R.S. 695 erfordert zu seiner Gültigkeit die Verfügungsgewalt des Anerkennenden über den Gegenstand der Anerkennung.

Spranthal gegen Bretten.

Dem Antrage der Entlastungsklage, zu erkennen:

„Es sei die Gemarkung der Gemeinde Spranthal mit einer Waiddienstbarkeit zu Gunsten der Gemeinde Bretten nicht beschwert, es habe sich deßhalb die Gemeinde Bretten einer jeden Ausübung einer solchen Waidgerechtigkeit auf der Gemarkung Spranthal bei Vermeidung einer Strafe von 100 fl. zu enthalten, auch sei die Gemeinde Bretten mit ihrem Begehren, sie für die Unterlassung der Ausübung des Waidrechts mit dessen vollem Werth zu entschädigen, abzuweisen" —

wurde in erster Instanz stattgegeben, in zweiter aber der Klägerin noch ein Reinigungseid auferlegt und für den Fall, daß sie denselben leistet, das untergerichtliche Urtheil bestätigt, andernfalls hingegen ausgesprochen, daß die Klägerin mit ihrer Entlastungsklage abzuweisen sei.

Damit nicht zufrieden beschritt die Beklagte noch die dritte Instanz, in welcher jedoch das hofgerichtliche Urtheil am 24. Juni l. J. bestätigt ward.

Entscheidungsgründe.

In einem vor den Administrativbehörden geführten Streit erwirkte die Stadtgemeinde Bretten im Februar 1854 ein in letzter Instanz durch die großh. Kreisregierung am 21. April desselben Jahres bestätigtes Erkenntniß, wodurch ein, meistens Einwohnern von Spranthal gehöriger Feldbezirk von 567 Morgen, hinsichtlich dessen es sich gegenwärtig um die Ausübung des Waidrechts handelt, als zur Gemarkung der Stadt Bretten gehörig erklärt worden ist.

Durch Entschließung Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs aus großh. Staatsministerium vom 12. September 1855 wurde sodann eben dieser Bezirk der Gemarkung der Gemeinde Spranthal für die Zukunft zugewiesen.

Auf diesen Vorgang hin bestreitet nunmehr diese Gemeinde der Stadt Bretten die fernere Ausübung des Waidrechts auf dem fraglichen Bezirk, indem dieselbe bisher nur als Ausfluß ihrer Markherrschaft stattgefunden, daher mit der Auflösung des Markverbandes aufgehört habe.

Der durch die Rechtsvermuthung für die Freiheit des Eigenthums begründeten Klagbitte: die Gemarkung Spranthal als mit einer Schäfereidienstbarkeit nicht beschwert zu erklären, konnte die Beklagte somit nur durch den Nachweis eines zu ihren Gunsten bestehenden Privatrechtstitels begegnen.

Zu diesem Zwecke hat sich dieselbe

1) auf den verjährten Besitzstand, und

2) auf Anerkenntnisse der Klägerin

berufen, ohne daß sie jedoch den ihr deßfalls obliegenden Beweis zu führen vermochte.

ad 1) Wurde zwar von der Klägerin die langjährige Ausübung des Waidrechts eingeräumt; dieselbe ist jedoch unter den Eingangserwähnten, von der Beklagten ebenfalls zugestandenen Verhältnissen zur Rechtsersitzung nicht tauglich. Da nämlich die Gemeinde Bretten das Waidrecht jeweils nicht allein auf dem der Gemarkung Spranthal zugetheilten Feldbezirk, sondern zugleich auf ihrer jetzt noch eigenen Gemarkung übte, was eben so wohl kraft der ihr darüber zustehenden Markherrschaft und aus frei willkührlicher Nachsicht der Güterbesitzer, als aus Eigenthumstiteln geschehen sein konnte, so fehlt es dem Besitzstand an dem zur Verjährung erforderlichen Merkmal der Unzweideutigkeit.

L.R.S. 2229. Troplong de la presc. No. 359.

Die Akten aus den Jahren 1811 und folgenden aber, mit Hülfe welcher die Beklagte darthun wollte, daß das Waidrecht „als besonderes Recht und nicht als Ausfluß des Gemarkungseigenthums" ausgeübt worden sei, sind um deßwillen schon für die Beweisführung unerheblich, weil ihre Entstehung aus einer Zeit datirt, welcher vorgängig die Verjährung bereits vollendet sein mußte, mit der zu beweisenden Thatsache daher in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen.

Auf die Behauptung der Beklagten endlich, es sei das Waidrecht nicht nur auf den außerhalb, sondern auch auf den wenigen innerhalb des Spranthaler Bannzauns gelegenen Morgen soweit möglich ausgeübt worden, hat das großh. Hofgericht mit Recht ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt, indem bei einem Areal von nur wenigen

Morgen, das von den zur Brettener Gemarkung gehörigen Feldgütern der Sprantbaler Einwohner umschlossen war, sich wohl eine mißbräuchliche Uebung denken läßt, die kaum bemerkt und verhütet werden konnte.

ad 2) Was die als Anerkenntnißurkunden geltend gemachten Aktenstücke betrifft, so könnten selbstverständlich vornächst nur die von den Vertretern der Gemeinde Spranthal ausgegangenen in Betracht kommen. Gemeinderath und Ausschuß waren jedoch zur Ausstellung bindender Anerkenntnißurkunden durch diese ihre Eigenschaft allein schon gar nicht befugt.

Das Anerkenntniß des Landrechtssatzes 695, als Ersatz des ursprünglichen Rechtstitels, erfordert zu seiner Gültigkeit, daß dem Anerkennenden die Verfügungsgewalt über den Gegenstand der Anerkennung zustehe, eine Bedingung, die hier nicht vorliegt. Insofern die fraglichen Güter Privateigenthum sind, ist es für sich klar, daß die Gemeindebehörden dasselbe mit einer Dienstbarkeit nicht belasten konnten. Insofern es sich dabei um Gemeindegut handeln sollte, so hätte, wie nach den Bestimmungen der früheren Gemeindeordnung, vergl. Annalen 1845 S. 152 ff., auch nach §§. 115 u. 118 der gegenwärtigen, ein Beschluß der Gemeinde und die Staatsgenehmigung den Erklärungen der Gemeindebehörden hinzutreten und dieselben billigen müssen, weil die Bestellung, resp. Anerkennung einer Grunddienstbarkeit eine liegenschaftliche Veräußerung ist, die Gemeinde Spranthal weniger als 3000 Seelen zählt, und der Werth des Schaafwaidrechts den Anschlag von 300 fl. ohne Zweifel übersteigt.

Zudem aber enthalten die Erklärungen, welche die Gemeindebehörden gelegentlich der versuchten Ablösung des Waidrechts, wegen des Jagdrechts, und bei noch andern Veranlassungen abgegeben haben, kein Anerkenntniß des Waidrechts, in der Eigenschaft als Grunddienstbarkeit.

Der Bericht des Gemeinderaths von Spranthal vom 26. August 1811 erklärt nur, daß die Stadt Bretten (in ältern Zeiten) auf die Gegenden des Bannzauns (also nicht auf den Bannzaun selbst) zwei Tage in der Woche den Schaafstrieb bezogen haben soll; eine Erklärung, die, abgesehen von dem mangelnden Grunde des Bezugsrechts, ein bestimmtes Anerkenntniß schon gar nicht ausspricht.

Auch der Bericht vom 19. April 1835, auf welchen sich die amtliche Entscheidung vom 13. Juni desselben Jahres bezieht, erkennt zwar die Berechtigung der Beklagten zur Sommerweide an; allein er führt zugleich als deren Grund den Umstand an, daß das Feld zur Gemarkung der Stadt Bretten gehöre, weßhalb das Anerkenntniß eines Privatrechts daraus gleichfalls nicht abgeleitet werden kann.

Wenn sodann in dem Bericht vom 6. Juni 1825 von dem Spranthaler Gemeinderath gesagt wird, Bretten habe ein Uebertriebsrecht von wöchentlich zwei Tagen auf Spranthaler Gemarkung, wenn ferner die Vertreter der klagenden Gemeinde in dem Protokoll vom 28. August 1832, in den Erklärungen vom 15. Febr. 1842 und 29. März 1843, auch in dem Protokoll vom 22. Mai 1843 der Beklagten verschiedene Anerbieten (von 1800 fl., 2500 fl. und 3500 fl.) zur Ablösung des der letztern auf Spranthaler Gemarkung zustehenden Schaafübertriebsrechts gemacht haben: so kommt zu erwägen, daß es bei der Contiguität der 567 Morgen, um welche es sich dabei allein handelt, unter sich sowohl, als mit dem eigentlichen Bann von Spranthal, und bei dem Umstand, daß dieselben Spranthaler Eigenthum sind, mit dieser Ausdrucksweise nicht so genau genommen werden kann, zumal, wie vorhin erwähnt, bei anderer Gelegenheit von Seiten Spranthals das Markungsrecht der Stadt Bretten auch wieder anerkannt, umgekehrt, sodann von Seiten Brettens der fragliche Bezirk als „Spranthaler Gemarkung" bezeichnet wurde, während, wenn es darauf ankam, Bretten doch wieder das Markeigenthum für sich in Anspruch nahm: weßhalb der Ausdruck „Spranthaler Gemarkung" wenigstens mit gleichem Recht so ausgelegt werden kann, als habe damit der Gegenstand, um welchen es sich handelte, nur im Allgemeinen bezeichnet werden wollen; daß, insofern die Klägerin den fraglichen Bezirk später wirklich, als zu ihrem Bann gehörig, in Anspruch nahm, der Erfolg bewiesen hat, daß sich dieselbe darüber im Irrthume befand, daß ferner die beklagte Gemeinde in dem Berichte des Gemeinderaths vom 27. August 1833 sogar selbst die Waidberechtigung damit begründete, daß alle Güter der Spranthaler außerhalb des Bannzauns zur Brettener Gemarkung gehörten; und daß endlich das Anerbieten der Ablösung des Waidrechts keineswegs den Schluß rechtfertigt, man sei dabei von der Unterstellung ausgegangen, es bestehe dasselbe als eine Grunddienstbarkeit, indem Nichts im Wege steht, daß ein Theil der Markgenossen sich von der auf dieser Genossenschaft beruhenden Last frei machen wollte, zumal für bei der eigenthümlichen Lage der

Felder und als Ausmärker mehr als die ortsangehörigen Güterbesitzer zu diesem Unternehmen angetrieben waren.

Hiernach ist die Beklagte dadurch, daß das großh. Hofgericht die Entscheidung des Rechtsstreits von der Ausschwörung eines Reinigungseides durch die Klägerin abhängig gemacht hat, um so weniger beschwert, als die Eidesformel schon gar keine Thatsachen enthält, aus welchen auf die Ausübung des Waidrechts aus Eigenthumstiteln geschlossen werden könnte. rc.

D. R.

V.

Urtheilsberichtigung.

1) Jede Urtheilsberichtigung setzt einen von Seiten des Gerichts begangenen Irrthum voraus.

2) Wegen einer erst nach entschiedener Sache zur Kenntniß des Gerichts gebrachten Neuheit kann die Berichtigung des Urtheils auf dem Wege des §. 1117 der Pr.O. nicht begehrt werden.

Levis gegen Höber.

Nach einem auf beiderseitige Oberappellation unterm 26. April 1854 erfolgten Urtheile haben die beklagten Erben des Heinrich Höber, worunter namentlich auch Eduard Höber, eine gewisse Summe an die Kläger zu zahlen.

In diesem Rechtsstreite waren die Beklagten durch Theodor Herrmann als deren Generalmandatar vertreten.

Wie es nun zum Urtheilsvollzug kommen sollte, entstanden Zweifel darüber, ob das oberhofgerichtliche Urtheil auch als gegen die minderjährigen Kinder aus der zweiten Ehe des Eduard Höber ergangen zu betrachten sei, welcher schon im April 1849 gestorben war, ohne daß dieses zur Zeit der Anhängigkeit des Rechtsstreits in III. Instanz aus den Acten ersehen werden konnte.

In einer Vorstellung vom 1. September 1856 stellten die Kläger, indem sie diese Thatsache vortrugen, den Antrag: die Rubrik des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 26. April 1854 dahin zu berichtigen, daß die gedachten Kinder mit in dieselbe aufgenommen werden.

Eigenthümliche Verhältnisse der Betheiligten verzögerten die Erledigung dieses Gesuchs, welches durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 2. Juni l. J. als unstatthaft verworfen wurde.

Entscheidungsgründe.

Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um blos irrige Benennung einer Partie, beziehungsweise eines Theils von Streitgenossen, zu deren richtigerer Bezeichnung das summarische Verfahren des §. 1117 der Pr.O. einzutreten hätte, sondern um die Frage, ob eine Person, welche als Vertreter einer Partie dem Gerichte sich dargestellt hatte, in deren Namen ein Rechtsmittel ausführte und dem gleichfalls von der Gegenpartie ergriffenen Rechtsmittel entgegengetreten war, dazu legitimirt gewesen sei; — ob folgeweise ein, bei Vertretung des vorgeblichen Mandatars gefälltes richterliches Erkenntniß zugleich seine Wirksamkeit für oder gegen Jemanden äußern könne, welcher bestreiten will, daß wirklich ein Mandat zu seiner Vertretung durch den sich als Mandatar Gerirenden vorgelegen sei.

Dieser Punkt kann in der Form der Urtheilsberichtigung nicht dahier erledigt werden. Eine solche Berichtigung setzt nämlich immer voraus, daß ein Irrthum des Gerichts oder seiner Subalternen eingetreten ist, der aus dem Actenstoffe, wie er zur Zeit der Urtheilsfällung vorlag, erkannt und begründet werden kann, und welcher Irrthum nach Maßgabe des damaligen Acteninhalts zu vermeiden gewesen wäre.

Im vorliegenden Falle war aber dem obersten Gerichte weder von einer der Partieen angezeigt, noch für dasselbe aus den Prozeß Acten ersichtlich, daß einer der ursprünglichen Streitgenossen schon früher gestorben war, ehe die Sache im 3. Rechtszuge anhängig wurde, und daß deßhalb die Vollmacht dessen, welcher zugleich im Namen jenes Streitgenossen auftrat, einer Beanstandung unterliegen konnte. Es ist dieses vielmehr jetzt insofern eine Neuheit, als die betreffende Thatsache erst nach längst erledigter Sache zur Kenntniß des Gerichts gebracht wird.

Aus diesen Gründen rc. D. R.

VI.

Nachträge zum Diätenreglement.

Annalen 1854. (XXI.) No. 18. S. 137.

1) Das großh. Justizministerium hat unterm 19. Oktober 1857 No. 7602 im Einverständniß mit großh. Finanzministerium verfügt:

„Nachdem in Folge der allerhöchsten Verordnung vom 18. Juli d. J. über Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung in der untern Instanz — für

die Justizbeamten die Bezeichnung und der Rangunterschied als Amtmänner oder Amtsassessoren aufgehört hat, haben künftig sämmtliche Amtsrichter die Diät- und Bedienungsgebühr der früheren Amtmänner, also der Beamten der sechsten Klasse des Diätenreglements vom 30. Juli 1804 anzusprechen."

2) Ferner hat großh. Justizministerium durch Erlaß vom 24. März 1858 No. 2019 im Centralverordnungsblatt vom laufenden Jahre No. 4 S. 26 bekannt gemacht:

„Seine Königliche Hoheit der Großherzog haben mit allerhöchster Entschließung aus großh. Staatsministerium vom 19. v. M. No. 323 unter Aufhebung der durch allerhöchste Entschließung vom 27. Dezember 1851 No. 2058 getroffenen Bestimmung, wonach die von dem Ministerium ernannten besoldeten Rechtspractikanten bei den Bezirksämtern für Dienstreisen, bei welchen sie nicht als Actuare fungiren, sondern selbstständige Geschäfte besorgen, eine Diät von 3 fl. anzusprechen haben — gnädigst zu bestimmen geruht, daß Referendäre, mögen sie von einem Ministerium oder nicht von einem solchen angestellt, mit Gehalt oder als Volontairs bei einem Bezirksamte oder Amtsgerichte beschäftigt sein, bei selbstständiger Besorgung eines auswärtigen Geschäfts eine Diät von 3 fl. anzusprechen haben.

Stf.

VII.

Anzeige.

Zu den seiner Zeit in diesen Blättern besprochenen Schriften, betitelt:

1) Das badische Landrecht mit Einschluß des Handelsrechts und die Prozeßordnung annotirt nach den Entscheidungen der badischen Gerichtshöfe und der badischen Doctrin von K. Kah. (Annalen XXIII. 120 280.)
2) Abriß des französischen Civilrechts von V. Marcadé, ins Deutsche übertragen von A. Pfaff. (Annalen XXIII. 236. XXIV. 160.)
3) Zeitschrift für Handelsgesetzgebung und für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe aller deutschen Staaten in Handelsrechtsachen mit Einschluß des Wechselrechts von Dr. G. M. Kletke. (Annalen XXIV. 136. XXV. 32.)

sind kürzlich wieder neue Lieferungen als Fortsetzung erschienen, welche sich den frühern würdig anreihen.

D. R.

Juristische Neuigkeiten.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 29.**

I.

Tödtung und Körperverletzung.

Zur Auslegung des St.G.B. §. 180.

Am 8. August 1857 gab die Anklagekammer des unterrheinischen Hofgerichts folgendes Erkenntniß:

I. Hiob Kappes von Eberbach sei unter der Anschuldigung:

daß er am Abende des 1. Juni d. J. bei Eberbach den Georg Schölch von da in Folge des im Affecte gefaßten und ausgeführten Entschlusses, denselben zu mißhandeln oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit zu beschädigen, in der Weise verletzt habe, daß dadurch der Tod Schölchs verursacht wurde; daß er diesen tödtlichen Erfolg nach allgemeiner Erfahrung bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit zwar nicht als sehr wahrscheinliche, aber auch nicht als sehr unwahrscheinliche Folge seiner Handlungsweise vorher zu sehen im Stande gewesen sei;

daß er damit das nach St.G.B. §§. 101. 203. 213 Ziff. 3 zu bestrafende Verbrechen der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung begangen habe;

zur Aburtheilung vor das Schwurgericht zu verweisen.

II. Nach Ansicht der §§. 42 und 80 Abs. 3 des Einf.Gesetzes vom 5. Februar 1851 wird erkannt:

es sei die Sache, soweit sie die Anschuldigung der von Hiob Kappes durch einen Schlag auf den rechten Arm des Georg Schölch an letzterem verübten Körperverletzung betrifft, nach §. 35 Abs. 2 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 von großh. Hofgerichte zu erledigen.

Gegen Abs. II. hat sich weder der großh. Staatsanwalt noch der Angeschuldigte beschwert, wie es nach §. 82 Abs. 2 des Einf.Ges. zulässig gewesen wäre.

Das im Abs. I. gedachte Verbrechen kam den 30. September 1857 zur schwurgerichtlichen Verhandlung.

Nachdem die erste Frage:

„Ist der Angeklagte H. Kappes von Eberbach schuldig, am Abende des 1. Juni dies. Jahres den Georg Schölch von da, in Folge des im Affecte gefaßten und ausgeführten Entschlusses, ihn zu mißhandeln oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit zu beschädigen, in der Weise verletzt zu haben, daß dadurch der Tod des Schölch verursacht wurde?"

von den Geschworenen mit „Nein" beantwortet worden war, erfolgte sofort die Freisprechung und Freilassung des Angeklagten.

Darauf gingen die Acten an das großh. Hofgericht, welches durch Urtheil vom 31. Dezember 1857 erkannte:

H. Kappes von E. sei der Körperverletzung des Georg Schölch von E. verübt im Affecte und unter dem Milderungsgrunde vorher von dem Verletzten selbst erlittener thätlicher Mißhandlung, für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Kreisgefängnißstrafe von 3 Monaten und zur Tragung der Hälfte der Untersuchungskosten, ausschließlich jedoch der Kosten seiner Haft und der durch das schwurgerichtliche Verfahren entstandenen Kosten, und zu den Kosten der Straferstehung zu verurtheilen.

Entscheidungsgründe.

Der am 20. Dezember 1812 geborene Bauer und Fuhrmann Georg Schölch von E. erhielt daselbst am Pfingstmontag den 1. Juni d. J. Abends mehrere Körper-

verletzungen und zwar theils am Kopfe, theils am rechten Arme, welcher gebrochen war. Schölch starb bereits am 4. Juni Abends, nachdem sogleich ärztliche Hilfe angewendet worden, und erst am zweiten Tage sein Zustand sich verschlimmert hatte.

Nach dem Schlusse der gegen den Angeschuldigten eingeleiteten Untersuchung erkannte die großh. Anklagekammer am 8. August d. J., daß H. Kappes unter der Anschuldigung der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung zur Aburtheilung vor das Schwurgericht zu verweisen, dagegen die Sache, soweit sie die Anschuldigung der von H. Kappes durch einen Schlag auf den rechten Arm des Gg. Schölch an diesem verübten Körperverletzung betrifft, von diesseitigem Gerichtshofe zu erledigen sei.

In ersterer Hinsicht wurde Kappes am 30. September d. J. von dem Schwurgericht freigesprochen.

Die Gerichtsärzte haben sich bestimmt dahin ausgesprochen, daß der Tod des Gg. Schölch durch Gehirnerschütterung und in Folge derselben entstandenen Blutaustritt und, wie die Amtsärzte beifügen, Ueberfüllung der Blutgefäße im Gehirn, demnach nicht durch den Armbruch verursacht worden sei.

Es ist daher jetzt, dem Verweisungserkenntnisse gemäß, über die Anschuldigung der durch den Armbruch entstandenen Körperverletzung zu erkennen.

In objectiver Hinsicht ist das Vorhandensein dieser Körperverletzung eines Bruchs des rechten Ellenbogenbeins an seinem obern Drittheile, durch den Befund der Gerichtsärzte an Gg. Schölch sowohl während seines Lebens, als an seiner Leiche festgestellt. Der großh. Medicinalreferent hat insbesondere sich auch gutächtlich dahin ausgesprochen, daß der Armbruch, an und für sich betrachtet, eine nicht über zwei Monate andauernde Unfähigkeit Schölchs zu seinen Berufsarbeiten im Sinne des § 225 Ziff. 5 des St.G.B. voraussichtlich verursacht haben würde.

Hinsichtlich der Anschuldigung, Urheber dieser Körperverletzung zu sein, liegen nun folgende Beweise gegen H. Kappes vor:

Von dem Angeschuldigten ist zugestanden und von den beeidigten Zeugen Georg Adam Bär, Jakob Reibel, Georg Zimmermann, Daniel Welker, Daniel Zimmermann, Ferdinand Lang, Heinrich Riedinger und Martin Strohbauer bestätigt, daß der Angeschuldigte aus dem unten erwähnten Anlasse dem Georg Schölch an jenem Abende in der Nähe des Neckars bei dem Grünbaumwirthshause einen Stoß auf die Brust versetzte, so daß dieser rücklings mit bedeutender Gewalt an einem Rain hinunterstürzte, welcher Sturz — wenigstens hauptsächlich — die Ursache der für ihn tödtlich gewordenen Körperverletzung war.

Durch die Aussagen des Jakob Reibel, Georg Adam Bär, Ferdinand Lang und Heinrich Riedinger ist ferner bestätigt, daß nach dem angeführten Falle Schölch sich aufraffte, in großer Erbitterung den Damm heraufkam um dem inzwischen flußabwärts davon geeilten Angeschuldigten nachzugehen; daß er dann aus einem Holzhaufen einen Prügel ergriff und ausrief: „der Schwedenkappes muß heute noch die Krenk kriegen" oder etwas Aehnliches; daß aber Schölch den davon laufenden Kappes, welcher ihm zurief, er solle nur kommen, weiter verfolgte. Nach der eidlichen Aussage des Jakob Heinrich Röderer lief Schölch auf den Ruf des Angeklagten „Gebe nur her Hörneis Jörgel, ich gebe dir," so schnell er konnte, zu Kappes. Die Zeugen Ferdinand Lang, Heinrich Riedinger und die Ehefrau des Gg. Schölch sahen dann, ihrer eidlichen Aussage nach, daß der Angeschuldigte mit einem forlenen Prügel dem Gg. Schölch einen Schlag über den Arm versetzte — Riedinger sah nur, daß der Schlag quer über die Brust nach dem Arme zufiel — und daß Schölch dann zu Boden stürzte. Als dann Jakob Heinrich Röderer hinzu kam, nahm dieser wahr, daß Schölch auf dem Wege lag, nicht aufstehen konnte und jammerte, sein Arm sei ab.

Der Angeklagte selbst gesteht auch zu, dem ihn verfolgenden Gg. Schölch zugerufen zu haben, er solle kommen, wenn er etwas von ihm wolle, und ebenso gesteht er zu, als Schölch ihm nahe gekommen und er deßhalb stehen geblieben sei, einen forlenen Prügel ergriffen und mit diesem rücklings auf Schölch geschlagen zu haben, indem er gedacht habe, der Schlag werde Schölch von weiterer Verfolgung abhalten.

Es unterliegt nach allem diesem keinem Zweifel, daß der Angeschuldigte der Urheber der durch die gerichtsärztliche Untersuchung und die Zeugenaussagen hergestellten, in dem Bruche des rechten Armes bestehenden Körperverletzung des Georg Schölch war. Obgleich durch dieselbe nicht der Tod des letzteren bewirkt wurde und dieser schon nach 3 Tagen in Folge der vor dem Armbruche von Schölch erlittenen Verletzung eintrat, so steht doch nach der bisherigen Erörterung so viel fest, daß Schölch immerhin auch durch den Armbruch in den Zustand der Arbeitsunfähigkeit im Sinne des §. 225 No. 5 des St.G.B. versetzt und daß demnach in so ferne an ihm das Vergehen

der Körperverletzung begangen wurde, dessen sich J. Kappes schuldig gemacht hat.

Die Untersuchung hat jedoch auch zu seinen Gunsten ergeben, daß er im Affecte gehandelt und daß Schölch diesen Affect in so ferne auf rechtswidrige Weise hervorgerufen hat, als er die Thätlichkeiten begann und gegen Kappes sich eine schwere thätliche Mißhandlung zu Schulden kommen ließ, zu welcher Kappes keine hinreichende Veranlassung gegeben hatte.

Der Angeschuldigte und Georg Schölch befanden sich nemlich an dem Abende des 1. Juni d. J. mit mehreren Andern in dem Grünbaumwirthshause zu Eberbach. Dort wurde, wie mehrere Zeugen bestätigen, Schölch von andern Personen, aber auch von H. Kappes „Hörners Jörgel" angeredet (da sein Stiefvater Hörner hieß), was, wie seine Ehefrau und andere Zeugen angeben, seine gewöhnliche Benennung war. Er fand sich jedoch hierdurch beleidigt, verbat sich diese Benennung von dem Angeschuldigten, nannte diesen selbst „Schwedenkappes" und schlug ihn, wie der Zeuge Conrad Kappes eidlich aussagt, auf den Kopf, was dieser indessen ruhig aufnahm, so daß, wie Heinrich Oes auf abgelegten Eid aussagt, beide sich später zur Versöhnung die Hände reichten, mit einander anstießen und auch weitere Streitigkeiten zwischen ihnen in dem Wirthshause nicht vorfielen.

Etwa eine halbe Stunde oder viertel Stunde später erst — nach der Zeitangabe des Heinrich Oes — begab sich Schölch an das nahe Neckarufer, wo der Angeschuldigte, dessen Schiff dort lag, sich befand. Dort nannten sich Kappes und Schölch wieder mit den erwähnten Namen und zwar, wie ersterer behauptet, geschah dieses zuerst von Schölch, worauf dann, wie durch die Aussagen des Georg Adam Bär, Jacob Reibel, Daniel Zimmermann, Ferdinand Lang und Heinrich Riedinger hergestellt ist, noch ein, übrigens nicht heftiger Wortwechsel über ihre Befugniß sich gegenseitig jene Namen beizulegen, stattfand, in dessen Verlaufe, wie die beiden zuerst genannten Zeugen angeben, Schölch den Angeschuldigten aufforderte, ihn nicht mehr „Hörners Jörgel" zu heißen, da er ihn sonst den Damm hinunter werfe; Kappes aber darauf erwiederte, er wisse nicht anders als jener heiße „Hörners Jörgel," und nun, wie alle eben genannten Zeugen bestätigen, Georg Schölch dem ruhig seine Pfeife stopfenden Angeschuldigten von hinten einen Stoß versetzte, so daß dieser, mehr rutschend als gewaltsam stürzend, den Damm hinabfiel. Erst dann gab, wie oben angeführt, Kappes dem Georg Schölch den, seinen schweren Fall bewirkenden Stoß, worauf dann die weiteren, oben erwähnten Vorfälle sich ereigneten, insbesondere Kappes von Schölch verfolgt wurde.

Wenn demnach auch nicht anzunehmen ist, daß der Angeschuldigte, als er dem Gg. Schölch die Verletzung am Arm beibrachte, sich im Zustande der Nothwehr befand, besonders da nicht hergestellt wurde, daß damals noch Schölch mit einem Prügel bewaffnet war, auf welcher Behauptung Kappes zuletzt selbst nicht mehr bestehen wollte, so ist doch damit nicht allein sein Affect, sondern auch der Strafmilderungsgrund des §. 233 des Str.G.B. zur richterlichen Ueberzeugung dargethan.

Danach und mit Rücksicht auf §. 232 No. 3. 233 u. §. 152 No. 4 und 6 des St.G.B. erscheint die im Urtheile ausgesprochene Strafe dem hiernach allein in Betracht kommenden, von H. Kappes verübten Vergehen der Körperverletzung angemessen.

A. d. Gr. ꝛc.

Gegen das hofgerichtliche Urtheil ergriff Kappes den Recurs und machte geltend, daß das Hinabwerfen vom Damm und der Schlag auf den Arm die fortgesetzte Handlung eines und desselben Streites bilde, so wie, daß das wegen der Tödtung erlassene Urtheil naturgemäß die einzelnen Vorkommnisse des Streits und sämmtliche dabei von Kappes ausgeführten Handlungen umfasse und demnach eine besondere Strafe wegen Körperverletzung als unzulässig erscheine. Weiter wurde auszuführen gesucht, daß sich Recurrent nur gegen den Angriff seines Gegners vertheidigt und sich dabei, wie auch die Geschworenen angenommen (?) im Zustande der Nothwehr befunden habe, worüber zwei schon in der Voruntersuchung abgehörte Zeugen nochmals vernommen werden sollten. Es wurde deßhalb um Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils und um Freisprechung des Recurrenten, eventuell um Anrechnung des vom 5. Juni bis 30. September 1857 erstandenen Untersuchungsarrests als Strafe gebeten. Die großh. Staatsbehörde erklärte hierauf, es finde jetzt keine Beschwerde mehr dagegen statt, daß das großh. Hofgericht nachträglich die durch das Verweisungserkenntniß (dem §. 34 No. 1 und §. 42 des E.G. entsprechend) seiner Competenz zugeschiedene Körperverletzung abgeurtheilt habe, weil von dem durch §. 82 des E.G. eingeräumten Rechtsmittel kein Gebrauch gemacht, das Verweisungserkenntniß folglich in Rechtskraft erwachsen und demgemäß auch nur die Tödtung vom Schwurgericht abgeurtheilt worden sei.

Durch diesen Einwand kann jedoch dem Angeschuldigten keinenfalls der Recurs gegen das hofgerichtliche Strafurtheil abgeschnitten werden, welcher ihm nach §. 2 des Gesetzes vom 3. August 1837 (Reggsbl. No. XXV.) ganz unzweifelhaft zusteht. Ebenso wenig bringt es das unangefochtene Verweisungserkenntniß mit sich, daß der Angeschuldigte von dem Hofgerichte wegen Körperverletzung verurtheilt werden mußte. Es konnte vielmehr eine Freisprechung erfolgen, wenn der Angeschuldigte aus irgend einem Grunde nicht strafbar befunden worden wäre. Ueber all dieses gab sich bei Erledigung des Recurses kein Zweifel kund.

Doch war nur ein Votant der Ansicht, daß Recurrent nicht wegen Körperverletzung bestraft werden könne. Hiefür wurde im Wesentlichen angeführt: Durch den Sturz über den Damm hatte Schölch eine Hirnerschütterung erlitten, die ihm nach dem Urtheile der Kunstverständigen den Tod brachte, welcher erfolgt sein würde, auch wenn der Armbruch nicht hinzugekommen wäre. Indessen gaben die Aerzte als möglich zu, daß der vorgehaltene Vorderarm durch den Schlag gegen den Schädel getrieben und so eine nochmalige Erschütterung des Gehirns bewirkt wurde oder doch bewirkt worden sein konnte. Der Prügelschlag bildet daher im natürlichen Zusammenhange mit dem unmittelbar vorher gegangenen Stoße einen Theil und zwar den Schluß der zwischen Schölch und Kappes vorgefallenen Thätlichkeiten, welche die Verletzungen und den Tod des Ersteren zur Folge hatten. Es liegt demnach hier kein Zusammentreffen verschiedenartiger Verbrechen, sondern nur eine fortgesetzte Mißhandlung und Gegenwehr vor, die ebendeßhalb, weil sie den Tod des Mißhandelten verursachte, als das einzige und alleinige Verbrechen der Tödtung, in welchem das geringere Verbrechen der Körperverletzung aufgeht, an das Schwurgericht zu verweisen war. St.G.B. §. 180. *) Hieraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß Rekurrent, nachdem er hinsichtlich der Tödtung vom Schwurgericht freigesprochen worden ist, nicht mehr wegen der darin begriffenen Körperverletzung bestraft werden kann, wie ihn umgekehrt, wenn er wegen Tödtung bestraft worden wäre, nicht auch noch die Strafe der Körperverletzung treffen dürfte, weil die größere Strafe die geringere verschlingte und eine zweimalige Bestrafung der nemlichen That nicht stattfindet.

Die oberhofgerichtliche Majorität theilte jedoch diese Anschauung nicht, sondern bestätigte unterm 30. Juni l. J., das hofgerichtliche Urtheil seinem ganzen Inhalte nach aus folgenden

Gründen:

Der Armbruch des Georg Schölch rührt unzweifelhaft von einem Prügelschlage des Recurrenten her.

Nach dem Erkenntnisse der Anklagekammer vom 8. August 1857, gegen welches der Angeschuldigte seiner Zeit keine Beschwerde geführt hat, war diese Körperverletzung als ein besonderes, von der an das Schwurgericht verwiesenen Tödtung des Gg. Schölch getrenntes Verbrechen durch das großh. Hofgericht abzuurtheilen.

Dieser Gerichtshof hat auch den Recurrenten der gedachten Körperverletzung mit Recht für schuldig erkannt, da dessen zwei Handlungen — nemlich der Stoß auf die Brust und der Schlag auf den Arm des Georg Schölch — wenn gleich dieselben in einem äußeren Zusammenhange stehen, nicht als Ausführung des nemlichen Entschlusses erscheinen, weil derselbe nicht nothwendig darauf gefaßt sein mußte, daß ihn der Verletzte, nachdem er in Folge des Stoßes über den Damm hinunter gestürzt war, verfolgen und mit einem neuen Angriffe bedrohen werde, wodurch das jetzt in Frage stehende Vergehen zunächst und unmittelbar hervorgerufen wurde. Die zweimalige Mißhandlung ist daher in Gemäßheit des §. 180 des St.G.B nicht als ein einziges Verbrechen anzusehen und folglich Recurrent durch die hofgerichtliche Schuldigerklärung nicht beschwert.

Von einer rechtmäßigen Nothwehr (St.G.B. §. 84) wegen welcher Recurrent eventuell für straflos erklärt sein will, kann nicht die Rede sein, da durch mehrere Zeugen dargethan und von dem Angeschuldigten selbst eingekannt ist, daß er dem Schölch zugerufen: „Gehe nur her, Hörners Jörgel, wenn du was willst ꝛc.“ woraus man entnehmen kann, daß er selbst an keine Gefahr gedacht, geschweige denn in einer solchen geschwebt hat.

Es kann deßhalb auch die nochmalige Abhör der Zeugen Riedinger und Lang, welche vor dem Schwur-

*) Der von Trefurt über diese Materie erstattete Commissionsbericht erklärt es für unzulässig, daß man da, wo bei einem Todtschlag der Getödtete von demselben Thäter mehrere Wunden erhielt, von denen nur eine tödtlich war, das Verbrechen des Todtschlags in Concurrenz mit verschiedenen Verwundungen oder Todtschlagsversuchen annähme. Thilo, zu §. 182. S. 190 a. E.

gerichte ausgesagt haben sollen, daß Schölch mit einem zweiten Prügel auf den Recurrenten losgegangen sei, um so eher unterbleiben, als er in der Untersuchung selbst nicht mehr auf der deßfallsigen Entschuldigung beharrt hat.

Zu einer Minderung der erkannten Strafe liegt ebenfalls kein genügender Grund vor, da die vom 5. Juni bis zum 30. September v. J. erstandene Untersuchungshaft nicht wegen der Körperverletzung, sondern wegen der Tödtung gegen den Recurrenten verhängt und die Strafe schon mit Rücksicht auf die Milderungs- beziehungsweise Minderungsgründe der §. 233 und 152 No. 4 und 6 des St.G.B. bemessen worden ist.

A. d. Gr. rc.

D. R.

II.

1) Der L.R.S. 1717 unterscheidet zwischen Afterbestandgabe und gänzlicher Uebertragung des Bestandes auf einen Anderen.

2) Wo der Vertrag die Afterpacht untersagt, da ist auch die gänzliche Uebertragung unzulässig.

3) Zur Cession wird jedenfalls die Genehmigung des Verpächters erfordert.

4) Nur ein zur Perfection gelangter Vertrag kann Gegenstand der Auflösung sein.

Geisendörfer gegen Schneider.

Im Mai 1855 pachtete Andreas Barth die der Gemeinde Waibstadt gehörige Mühle vom 1. April 1856 an auf 6 Jahre, wobei unter Anderem bedungen ward:

§. 3. Afterbestand ist unzulässig.

§. 25. Der Pächter ist verbunden, persönlich die Mühle zu betreiben und deßhalb seinen ständigen Aufenthalt in der Mühle zu nehmen.

Barth trat aber den Pacht nicht an, sondern ließ am 19. Dezbr. 1855 mit Genehmigung des Gemeinderaths den Joseph Schneider für sich einstehen.

Schneider fand jedoch seinen Vortheil bei dem Pachte nicht und schloß am 29. Januar 1857 mit Georg Veit Geisendörfer einen Vertrag ab, dessen §. 1 dahin lautet:

„Der Beständer der Stadtmühle zu Waibstadt Joseph Schneider steht von dem mit dem Gemeinderath von Waibstadt abgeschlossenen Vertrag ab und überträgt solchen dem Müllermeister Georg Veit Geisendörfer vom 15. Februar l. J. an, mit denselben Verbindlichkeiten, wie sie Schneider vertragsgemäß übernommen hat, welche Verbindlichkeiten Geisendörfer hiermit übernimmt."

Am 20. Febr. 1857 ließ Geisendörfer den Schneider zur Erfüllung dieses Vertrags notariell auffordern, welcher sofort erklärte: die Vertragsverbindlichkeiten bin ich bereit jeden Tag zu erfüllen, sobald der Gemeinderath dahier die Zustimmung ertheilt, daß Geisendörfer die hiesige Stadtmühle in Afterpacht übernehmen darf rc.

In einer Klage vom 26. Februar 1857 begehrte sodann Geisendörfer wegen von Schneider nicht erfüllten Versprechens die Auflösung des Afterpachtvertrages vom 29. Januar nebst Entschädigung für erlittenen Verlust und entgangenen Gewinn, vorbehaltlich der im besonderen Verfahren zu pflegenden Liquidation.

Der Beklagte brachte dagegen vor: Wie vertragsmäßig die Afterverpachtung nicht erlaubt und dies dem Kläger vor Abschluß seines Contrakts bekannt gewesen sei, so habe ihm auch nach L.R.S. 1 b bekannt sein müssen, daß die Uebertragung des Pachtes nach L.R.S. 1717 a an die Genehmigung der Gemeinde gebunden war. Es sei hiernach Sache des Klägers gewesen, diese Genehmigung zu erwirken, die ihm aber wegen Mangels an Vermögen verweigert werde. Deßhalb sei es reine Schuld des Klägers, daß der fragliche Vertrag nicht zum Vollzug kommen könne, und darum auch die Entschädigungsklage nach L.R.S. 1148 und 1148 a nicht begründet.

Der Unterrichter trat dieser Ansicht bei und wieß den Kläger ab, welcher in zweiter Instanz (durch einen andern Anwalt) ausführen ließ, daß hier nicht eine Afterbestandgabe, sondern die im L.R.S. 1717 gleichfalls erwähnte „gänzliche Uebertragung des Pachts auf einen Andern" stattgefunden habe. Diese Ausführung hatte zum Zweck, die Gewährleistungspflicht des Beklagten (L.R.S. 1693) zu begründen.

Ohne hierauf einzugehen, ließ ein hofgerichtliches Zwischenerkenntniß dem Beklagten den Beweis nach: daß Kläger durch ihn vor oder bei Abschluß des Vertrags vom 29. Januar 1857 Kenntniß davon erhalten habe, daß der zwischen dem Beklagten und der Stadt Waibstadt

bestehende Mühlenpachtvertrag den Afterpacht verbiete.

Diesen Beweis trat Beklagter in erster Reihe durch Zeugen und eventuell durch Eideszuschiebung an. Von dem Kläger wurde jedoch der Zeugenbeweis als unzuläſſig beanstandet, der Haupteid aber eventuell angenommen.

Auf diesen Eid erkannte das hofgerichtliche Endurtheil nach Maaßgabe des §. 339 der Pr O., wogegen beide Theile oberappellirten.

In dritter Instanz wurde das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 22. Juni 1858.

Wie schon der Beklagte in seiner Vernehmlassung auf die Klage angedeutet, der Kläger selbst aber in zweiter Instanz näher ausgeführt hat, enthält der Vertrag vom 29. Januar 1857, um dessen Auflösung es sich handelt, nach dem Wortlaut des §. 1 und ff. keine blose Afterpacht, sondern eine gänzliche Uebertragung des zwischen J. Schneider und der Gemeinde Waibstadt abgeschlossenen Bestandes auf Gg. Veit Geisendörfer.

Diese Cession besteht darin, daß der Beklagte von dem Pachtvertrage abtritt und solchen mit allen, der Gemeinde Waibstadt gegenüber, eingegangenen Verbindlichkeiten auf den Kläger überträgt.

War nun dem Pächter, durch §. 3 des mit der Gemeinde geschlossenen Vertrags, schon die Afterpacht untersagt, so durfte er um so weniger den Bestand gänzlich auf einen andern übertragen, weil die Cession noch mehr umfaßt als die Afterbestandgabe, weßhalb selbst da, wo die letztere unverwehrt ist, dem Verpächter von der ersteren, zum Behuf etwaiger Einsprache, nach L.R.S. 1717a Anzeige gemacht werden soll

Verweigert dann der Verpächter seine Zustimmung, so kann die Cession nicht zum Vollzuge kommen.

Zufolge L.R S. 1b muß Kläger das Gesetz kennen, oder den aus seiner Rechtsunwissenheit für ihn entstehenden Nachtheil sich selbst zuschreiben.

Gleichwohl verlangt Kläger die Auflösung des Vertrags vom 29. Januar 1857 nebst Entschädigung gerade deßhalb, weil die Genehmigung von Seite der Gemeinde Waibstadt in der That verweigert und der Beklagte sohin außer Stand gesetzt sei, gedachten Vertrag seinerseits zu erfüllen.

Dieses Begehren stellt sich jedoch als verwerflich dar, eben weil aus dem angeführten Grunde der Vertrag vom 29. Januar 1857 gar nicht zur Perfection gelangt ist, von einer Auflösung desselben daher keine Rede sein kann.

Damit zerfällt zugleich der Entschädigungsanspruch, welchem noch entgegensteht, daß Kläger wissen mußte, daß der Beklagte den Pacht mit der Gemeinde nicht ohne Zustimmung der letztern auf ihn übertragen konnte. (vrgl. L.R.S. 1599.)

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

III.

1) Das Blanco-Indossament allein macht den Besitzer eines Wechsels noch nicht zum Eigenthümer desselben.

2) Im Wechselprozesse sind Einreden, welche aus der Person eines früheren Wechselverpflichteten abgeleitet werden, nicht zu beachten.

Crofft gegen Köster.

Das Banquierhaus W. Köster und Cie. in Heidelberg stellte am 15. Oktober 1857 zwei auf Bischoffsheim und Goldschmitt in London gezogene Wechsel aus, wodurch diese angewiesen wurden, acht Tage nach Ausstellung an die Ordre des Chr. Ad. Fries in Heidelberg die Summe von 200 und 300 Pfund Sterling zu zahlen. Fries indossirte beide Wechsel an J. J. Crofft oder dessen Ordre in London.

Als Letzterer die Wechsel am 26. Oktober 1857 den bezogenen Bischoffsheim und Goldschmitt zur Zahlung präsentirte, wurde diese verweigert, wovon er unter Mittheilung der Protesturkunde das Banquierhaus W. Köster und Cie. in Kenntniß setzte, welches denselben um Zusendung der Wechsel ersuchte, um deren Regulirung besorgen zu können.

Kaufmann Phil. Zimmermann zu Heidelberg präsentirte hierauf aus Auftrag des J J. Crofft am 11. November 1857 die Wechsel dem Banquierhause W Köster und Cie. zur Zahlung und ließ, als diese nicht erfolgte, Protest erheben.

Auf dem Rücken beider Wechsel befindet sich die Unterschrift „J. J. Crofft,“ welcher sofort als deren Eigen-

thümer, die Zahlung nebst Zinsen und Kosten gegen Köster eingeklagt hat.

Der Beklagte schützte zwei Einreden vor, wovon die der fehlenden Legitimation des Klägers den Erfolg hatte, daß die Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, weil nicht Crossi, sondern Zimmermann im Besitze der Wechsel sei.

Auf ergriffene Appellation des Klägers wurde jedoch der Beklagte nach dem Klagantrag zur Zahlung verurtheilt, indem großh. Hofgericht beide Einreden für unerheblich hielt.

Im Wesentlichen nach derselben Ansicht erfolgte, auf die Oberappellation des Beklagten, am 22. Juni l. J. die oberhofgerichtliche Bestätigung des zweitinstanzlichen Urtheils.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben der vorliegenden Wechselregreßklage, welche in den §§ 8. 41. 50 und 81 der Wechselordnung ihre rechtliche Begründung findet, die Einrede der mangelnden Activlegitimation und die Einrede des dolosen Mißbrauchs der in den Besitz des Klägers gekommenen Wechsel entgegengesetzt.

Keine dieser Einreden ist jedoch begründet. Die erstere, welche darauf gebaut wird, daß die beiden Wechsel, wegen deren Rückzahlung Kläger den Regreß nimmt, sich nicht in seinem Besitze, sondern in demjenigen des Kaufmann Zimmermann und zwar mit Blanco-Indossament des Klägers versehen, befinden, erscheint durch die von Zimmermann bei Production der Wechsel im Prozeß abgegebene Erklärung widerlegt. —

Das Eigenthum der Wechsel ging nicht schon durch das Blanco Indossament auf Zimmermann über; dazu gehörte weiter, daß dieser, — der Intention des Klägers entsprechend — Eigenthümer werden wollte, daß er sich Dritten gegenüber als Wechselinhaber in eigenem Namen darstellte; er hat nun aber im vorliegenden Prozeß die Wechsel im Namen des Klägers producirt, und erklärt, daß er sie nur Namens des Klägers besitze und von ihm nur zum Incasso erhalten habe.

Dadurch ist dargethan, daß er das Eigenthum an den Wechseln nicht erwerben wollte, und der vollständige Gegenbeweis gegen jene Einwendung der Beklagten geliefert. Wollte man aber auch — was übrigens Beklagterseits nicht geltend gemacht wurde — in Anschlag bringen, daß Zimmermann die mit dem Blanko-Indossament des Klägers versehenen Wechsel protestiren ließ, ohne dabei zu erklären, daß er nur zu deren Einkassirung bevollmächtigt sei, und wollte man deßhalb annehmen, daß er sich vor Einleitung des Prozesses den Beklagten gegenüber als Eigenthümer der Wechsel gerirt habe, so würde die Erklärung, welche er im Prozeß im Einverständniß mit dem Kläger abgab, immerhin rechtlich so viel gelten, wie eine vertragsmäßige Wiederaufhebung der an ihn geschehenen Wechselübertragung, oder wie eine Rückcession, wozu es der Form eines abermaligen Indossaments um so weniger bedurfte, als ohnedies alle nach einer Protesterhebung noch vorgenommenen Indossirungen — so auch die vom Kläger an Zimmermann geschehene — nur die Wirkung von Cessionen haben (§. 16 Abs. 2 d. Wechsel Ordnung.) In Folge jener Erklärung wären die Beklagten befugt gewesen, die ihnen gegen Zimmermann zugestandenen Einreden nun auch gegen den Kläger als dessen Rechtsnachfolger geltend zu machen.

Die zweite Einrede, welche damit begründet wird, daß Kläger die vom Remittenten Fries auf Verlangen der Beklagten in einer telegraphischen Depesche erhaltene Anweisung: von den überschickten Wechseln keinen Gebrauch zu machen, unbeachtet gelassen habe, ist lediglich aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem Kläger und Fries abgeleitet und stellt keinenfalls ein doloses Verfahren des Klägers gegen die Beklagten dar, ist daher nach §. 82 der Wechselordnung unstatthaft.

Aus diesen Gründen 2c.

D. R.

IV.

Wasserrecht.

1) Der L.R.S. 644 hat kein künstlich geleitetes, sondern nur „fließendes“ Wasser im Auge, welches seinen natürlichen Lauf verfolgt.
2) Das Nämliche gilt von L.R.S. 645, welcher gleichfalls nur bei „fließendem“ Wasser zur Anwendung kommt.

Annalen XXIII. 238.

Johann Petermann und Genossen von Neudorf erhoben gegen die Gemeinde Huttenheim eine con-

fessorische Klage auf Anerkennung des Rechts, das Wasser aus dem Bruchraingraben zur Bewässerung ihrer Wiesen ausschließlich zu benützen.

Mit dieser Klage sind die Wiesenbesitzer in allen 3 Instanzen abgewiesen worden.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 17. Juni 1858.

Auf der Neudorfer Gemarkung besteht ein künstlich angelegter Kanal („Bruchraingraben") welcher auf der angrenzenden Gemarkung der beklagten Gemeinde weiter geführt ist. Die Kläger nehmen das Recht in Anspruch, das in diesem Kanal befindliche Wasser zur Bewässerung ihrer Wiesen in der Art zu benützen, daß dasselbe an der entgegengesetzten Seite abläuft und Nichts davon in den auf Huttenheimer Gemarkung gelegenen Theil des Kanals gelangt.

Weil die Gemeinde Huttenheim ihnen dieses Recht vor der Administrativbehörde streitig macht, und ihre Einwendungen gegen die deßfallsigen Beschwerden der Beklagten keinen Erfolg hatten, bitten sie um ein richterliches Erkenntniß dahin, daß die Beklagte schuldig sei, dasselbe anzuerkennen.

Dieses Klagbegehren wurde, nachdem der aus L.R.S. 641 entnommene Grund später aufgegeben worden ist, unter Berufung auf L.R.S. 644 lediglich auf die Thatsache gestützt, daß die kläger'schen Wiesen unmittelbar an den Wassergraben anstoßen.

Die Urtheile der beiden vordern Instanzen haben jedoch mit Recht angenommen und mit Hinweisung auf die damit übereinstimmenden Ansichten der angesehensten Rechtslehrer und die Aussprüche der Gerichtshöfe bereits genügend ausgeführt, daß deßhalb, weil der Graben längst dem Eigenthum der Kläger hinzieht, diesen das angesprochene Recht nicht zusteht, indem der L.R.S. 644 diese Thatsache nur für den Fall als entscheidend betrachtet, wenn es sich im Gegensatz von künstlich geleitetem, um „fließendes" d. h. solches Wasser handelt, welches seinen natürlichen Lauf verfolgt.

Am Schlusse der unterrichterlichen Verhandlungen wurde zwar von den Klägern auf eine wegen des Ursprungs und weitern Laufs des Grabens bis zur Neudorfer Gemarkung rc. an sie gerichtete Erläuterungsfrage weiter vorgetragen: das Wasser, welches sich gegenwärtig in dem Graben befinde, sei in neuerer Zeit auf Kosten „der Neudörfer" — „der Neudörfer Bürger," oder, wie es an anderen Stellen heißt, von der „Gemeinde Neudorf zum Vortheil der Neudörfer Wiesen" in denselben geleitet, der Graben selbst auch zu diesem Zwecke frisch aufgemacht worden. Auch wurde diese Behauptung in zweiter Instanz festgehalten, und damit außerdem eine Erklärung der Neudorfer Gemeindevertreter vorgelegt, worin sich dieselben mit der gerichtlichen Verfolgung des in Frage stehenden Rechts durch die Kläger einverstanden erklären.

Auf eine Prüfung der Erheblichkeit dieses Vorbringens kann jedoch in diesem Rechtsstreite nicht eingegangen werden. Als eine Erläuterung oder Ergänzung des erwähnten Klaggrundes ist dasselbe nicht zu betrachten. Auf einen neuen Klaggrund sich am Schlusse der Verhandlungen einzulassen, war aber die Beklagte nicht schuldig, und da hierüber auch weder in erster noch in zweiter Instanz, in welcher dasselbe als Häufung einer neuen Klage mit der frühern unstatthaft erschien, eine Verhandlung eingeleitet worden ist, so kann auch in dritter Instanz eine Entscheidung darüber nicht erfolgen.

Die eventuell beantragte Anwendung des L.R.S. 645 endlich käme nur dann in Frage, wenn es sich bei den, dem richterlichen Urtheil unterbreiteten Verhältnissen um die Ansprüche verschiedener an ein „fließendes Wasser" anliegender Eigenthümer handeln würde rc.

Aus diesen Gründen rc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 30.

I.

Anwendung des Strafgesetzes auf Verbrechen der Inländer, welche sie im Auslande verübt haben.

§. 4 St.G.B.

Donat Frei von Rickenbach, welcher früher schon viermal wegen Diebstahls und zwar zuletzt wegen ersten Rückfalls in das Verbrechen des dritten Diebstahls, sowie zweimal wegen Betrugs gerichtlich bestraft worden war, verübte im vorigen Jahre in Würtemberg einen Diebstahl und einen Betrug zum Nachtheil würtembergischer Staatsangehörigen.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde er durch Urtheil vom 28. April d. J. nur des gemeinen Diebstahls und des Betrugs ohne Rückfall für schuldig erklärt und blos in eine Amtsgefängnißstrafe verurtheilt. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Da der dritte Diebstahl zu einer Zeit verübt wurde, wo dem Angeschuldigten das Urtheil wegen des zweiten Diebstahls noch nicht eröffnet war, und daher jener dritte Diebstahl nach dem jetzigen Strafgesetz §. 184 nur als erster Rückfall in Berechnung kommt, so würde nach badischen Strafgesetzen jetzt ein erster Rückfall in den dritten gemeinen Diebstahl und zugleich ein fünfter Rückfall in ein gleichartiges Verbrechen vorliegen. §. 183. 185 St.G.B. Allein der vorliegende Diebstahl wurde von einem Inländer im Auslande an einem Ausländer verübt, es kommen daher zufolge §. 4 des St.G.B. die ausländischen, hier die würtembergischen Gesetze als die dem Angeschuldigten milderen zur Anwendung. Denn das würtembergische Strafgesetz anerkennt in Art. 124 nur würtembergische Straferkenntnisse als Rückfälle begründend und könnte daher den vorliegenden Diebstahl nicht als Rückfall betrachten, weßhalb derselbe auch diesseits nur als erster Diebstahl beurtheilt und bestraft werden konnte.

Von der Staatsbehörde wurde der Rekurs hiegegen ergriffen und die Beschwerde darein gesetzt, daß der Angeschuldigte nicht des ersten Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls und zugleich des fünften Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen für schuldig erklärt und nicht in eine Arbeitshausstrafe verurtheilt und unter polizeiliche Aufsicht gestellt wurde.

Diese Beschwerde stützte sich darauf, daß das würtembergische Strafgesetz in §. 124 selbst einen Ausnahmsfall kenne, wo auch die Straferkenntnisse ausländischer Gerichte die Strafen des Rückfalls begründen, wenn nemlich von ausländischen Landstreichern, welche Raub, Diebstahl oder Betrug gewerbsmäßig verübt haben, das neue gleiche oder gleichartige Verbrechen begangen wird, daß dieser Fall hier vorliege (wie in der Rekursschrift näher ausgeführt wurde), daher das badische Strafgesetz zur Anwendung kommen müsse, weil dasselbe milder oder doch nicht härter sei als das würtembergische Gesetz, und daß wenn auch das würtembergische Strafgesetz Anwendung fände, dieses höchstens nur auf die Strafe nicht aber auch auf den Charakter und die Qualification des Verbrechens Einfluß haben könnte.

Das großh. Oberhofgericht erkannte am 19. Juni d. J. ganz nach den Anträgen des Staatsanwalts abändernd zu Recht, daß Donat Frei des ersten Rückfalls in den dritten gemeinen Diebstahl und des fünften Rückfalles in ein gleichartiges Verbrechen für schuldig zu erklären, in eine Arbeitshausstrafe zu verfällen und nach erstandener Strafe auf ein Jahr unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sei, aus folgenden Gründen:

Mit Urtheil vom 28. April d. J. erklärte das großh. Hofgericht des Seekreises den Angeschuldigten — obwohl dasselbe anerkannte, daß nach der badischen Strafgesetzge-

bung die That desselben als der erste Rückfall in den dritten gemeinen Diebstahl und zugleich als ein fünfter Rückfall in ein gleichartiges Verbrechen zu ahnden wäre, — doch nur des gemeinen Diebstahls und Betrugs ohne Rückfall schuldig — davon ausgehend, daß, weil das Verbrechen im Auslande und an einem Ausländer verübt worden, gemäß §. 4 Abs. 2 St.G. das würtembergische St.G. als das mildere zur Anwendung kommen müsse, indem nach Art. 124 jenes Gesetzes nur würtembergische Straferkenntnisse geeignet seien, Rückfälle zu begründen, solche Erkenntnisse gegen Donat Frei jedoch noch nicht ergangen seien.

Gegen dieses Strafurtheil beschwert sich der großh. Staatsanwalt, weil besagter Art. 124 auch einen Ausnahmsfall kenne, indem auch die Straferkenntnisse ausländischer Gerichte die Strafen des Rückfalls begründeten, und dieser Ausnahmsfall hier vorliege, weßhalb und da bei Anwendung dieses Falles das badische Gesetz als das mildere oder doch nicht strengere, Geltung behalte, die vorliegende That auch nach diesem Gesetze bestraft werden müsse.

Der von dem großh. Staatsanwalte eingelegte Rekurs erscheint auch aus folgenden Gründen als gerechtfertigt:

Der §. 4 des badischen St.G. stellt als Regel fest, daß der Inländer auch im Auslande den inländischen Strafgesetzen unterworfen bleibt und dann nach dessen voller Strenge bestraft werden soll, wenn die im Auslande verübte verbrecherische Handlung gegen das Inland, oder gegen dessen Behörden oder gegen eine Person im Inlande gerichtet ist. Nur dann, wenn Letzteres nicht der Fall ist, d. h. die That, welche der Inländer im Auslande verübte, gegen einen Ausländer gerichtet war, soll die Strafgesetzgebung des Auslandes mit in Berücksichtigung gezogen und die That, wenn sie im Vergleiche mit dem inländischen Gesetze nach dem ausländischen Gesetze milder oder gar nicht, oder nur auf Anzeige oder Anklage des Betheiligten bestraft würde, nach eben diesem milderen Gesetze geahndet werden.

Nach Sinn und Zweck dieses Gesetzes bildet nun die Anwendung des inländischen Gesetzes stetshin die Regel und das ausländische Gesetz kann nur ausnahmsweise dann zur Anwendung kommen, wenn es eine mildere Strafbestimmung in Bezug auf die That, die zur Ahndung vorliegt, enthält.

Hiebei kann jedoch die That nicht für sich allein und ohne ihre auf die Strafe influirenden Nebenumstände und persönlichen Verhältnisse des Thäters ins Auge gefaßt, sondern es muß alles dieses mitberücksichtigt und dann beurtheilt werden, ob die ausländischen Gesetze — Alles in gleicher Weise vorausgesetzt, wie es dem badischen Richter vorliegt, — die That milder bestrafen würden, als die inländischen, ob also — in Anwendung auf den vorliegenden Fall — ein Würtemberger, der mehrmals in Würtemberg wegen Diebstahls bestraft ist und dann im Auslande stiehlt, nach den würtembergischen Gesetzen dort nicht als rückfällig betrachtet wird.

Würde das ausländische Gesetz bei dieser Vergleichung als milder erscheinen, so müßte es allerdings den Vorzug verdienen.

Wenn in der vorderen Instanz angenommen wurde, daß die früheren Diebstähle deßwegen nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sie in Würtemberg — als durch diesseitige Urtheile bestraft — dem Inculpaten nicht in Anrechnung gebracht worden wären, so spricht gegen diese Anwendung des §. 4 schon der Umstand, daß es nicht wohl die Absicht des Gesetzes sein kann, die im Inlande selbst erlassenen Straferkenntnisse darum zu ignoriren, weil sie im Auslande, wo die That begangen wurde, nicht berücksichtigt würden und weil im concreten Falle die That nur deßhalb, weil in Würtemberg diese Bestimmung gilt, dort gelinder bestraft worden wäre, sondern es muß geprüft werden, ob die würtembergischen Gesetze auch dann milder wären, wenn die That mit Berücksichtigung dieser vorausgegangenen Erkenntnisse nach denselben bestraft werden müßte, und diese Frage ist zu verneinen — wie sich aus einer Vergleichung der §§. 384 Ziff. 1. 450. 403 Ziff. 1. 183 — 185. 187. 188. 170. 480 und 481 des badischen Gesetzes mit den Artikeln 334 — 337. 352. 115 und fgd. des würtembergischen Strafgesetzes ergibt.

Aus diesen Gründen und in Betracht, daß die im Urtheile ausgesprochene Strafe der Thatbeschaffenheit vollkommen angemessen erachtet wird, sowie nach Ansicht des §. 351 der Str.Pr.O. der Kosten wegen wurde — wie geschehen erkannt.

Haager.

II.

Rechtskraft.

1) **Die rechtskräftige Verurtheilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises enthält eine rechtskräftige Verwerfung oder einen rechtskräftigen Ausschluß aller Einreden gegen die Verbindlichkeit von selbst in sich.**

2) **Die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung kann auch der Klage auf Niedersetzung eines Schiedsgerichts vor dem ordentlichen Richter entgegen gehalten werden.**

Dolmetsch gegen Immendingen.

Nachdem ein zwischen den Contrahenten verhandelter Rechtsstreit, dem Vertrage gemäß, schiedsrichterlich erledigt war, erhob der Besteller hintenach neue Ansprüche, welche auf demselben Wege entschieden werden sollten, indem er zu erkennen bat:

> daß die Beklagte schuldig sei, das schon früher zusammengesetzte Schiedsgericht auch zur Entscheidung des aus dem Vertrage vom 31. März 1852 abgeleiteten Streites über die Leistungsfähigkeit der gelieferten Turbine anzuerkennen und sich demselben zu unterwerfen, oder aber zur Ernennung eines neuen Schiedsgerichts zu solcher Entscheidung in der Art mitzuwirken, daß sie einen Schiedsrichter hierzu ernenne.

In erster Instanz wurde jedoch die Klage schlechthin abgewiesen und erst im zweiten Rechtszuge nach dem Klagantrage erkannt, wogegen die Beklagte oberappellirte und auszuführen suchte, daß, ganz abgesehen von der Frage der entschiedenen Sache, das Klagbegehren unstatthaft sei, da der Kläger die Turbine schon am 5. September 1852 erhalten und seitdem benützt, auch die Fabrik für deren Solidität und Dauerhaftigkeit nach §. 5 des Vertrags nur 6 Monate zu haften habe, welche längst verflossen seien.

Der hieran geknüpften Bitte um Aufhebung des hofgerichtlichen und Wiederherstellung des amtlichen Erkenntnisses wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 24. Juni l. J. entsprochen.

Entscheidungsgründe.

Beide Theile schlossen am 31. März 1852 wegen Lieferung einer Turbine einen Vertrag miteinander ab, worin unter §. 6 festgesetzt wurde, daß die über die Erfüllung des Vertrags unter ihnen etwa entstehenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht von Sachverständigen bereinigt werden sollten, zu welchem jede Parthie eine Person, und diese zwei Personen noch eine Dritte zu wählen haben.

Es ist auch unbestritten, daß in Gemäßheit dieser Vertragsbestimmung nach erfolgter Lieferung der Turbine ein solches Schiedsgericht niedergesetzt wurde, und daß dasselbe nach gepflogenen Verhandlungen und nach vorgenommener Besichtigung der Maschine den von Müller Dolmetsch selbst behufs der Vollzugsreiferklärung vorgelegten Schiedsspruch vom 14. August 1853 gegeben hat.

Durch solchen sind die unter den Parthieen wegen der gelieferten Maschine bestandenen Streitigkeiten entschieden, und es wurde insbesondere unter Ziff. 3 des Schiedsspruchs erkannt, daß der jetzige Kläger schuldig sei, an die Maschinenfabrik Immendingen nach Abzug von 75 fl., deren Zurückbehaltung ihm wegen verspäteter Ablieferung der Maschine gestattet wurde, den rückständigen Betrag für die Turbine sammt den vertragsmäßigen Zinsen vollständig unter Zugrundlegung der Accordsumme von 1350 fl. zu bezahlen. Auch stimmen beide Theile darin überein, daß Dolmetsch den ganzen Kaufpreis nach Abzug der 75 fl. nunmehr bezahlt hat.

Er will aber inhaltlich der vorliegenden Klage, weil der Maschine angeblich die vertragsmäßige Leistungsfähigkeit mangle, von Neuem Ansprüche gegen die Maschinenfabrik Immendingen erheben, und begehrt, daß dieselbe für schuldig erklärt werde, entweder das bereits errichtete Schiedsgericht auch zur Entscheidung über den Streit wegen der Leistungsfähigkeit der Turbine anzuerkennen und sich demselben zu unterwerfen, oder aber zur Errichtung eines neuen Schiedsgerichts behufs solcher Entscheidung in der durch den Vertrag festgesetzten Art mitzuwirken.

Allein mit allem Grund hält ihm die Beklagte entgegen, daß der bereits erlassene Schiedsspruch vom 14. August 1853 seine Abweisung mit den Ansprüchen, welche er nachträglich geltend machen will, in sich schließt.

Der Schiedsspruch steht unangefochten in Kraft und Wirksamkeit, und die rechtskräftige Verurtheilung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises enthält eine rechtskräftige Verwerfung, oder einen rechtskräftigen Ausschluß mit allen Einwendungen, welche der Käufer gegen die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises vorgebracht hat, oder hätte vorbringen können, von selbst in sich.

Die jetzt erhobenen Ansprüche sind aber nichts Anderes als die Einwendung des nicht gehörig erfüllten Vertrags und daher eine Bestreitung der Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises, oder doch des vollen Kaufpreises. Sie können daher dem rechtskräftigen Urtheile gegenüber jetzt nicht mehr mittelst einer besondern Klage verfolgt werden, denn sie hätten gegen den Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises vorgebracht werden sollen.

Die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung kann aber zweifellos der Klage auf Niedersetzung eines Schiedsgerichts vor dem ordentlichen Richter entgegengehalten werden. Einmal wäre es ganz zwecklos, ein Gericht behufs der Entscheidung eines Streites niederzusetzen, welcher schon rechtskräftig entschieden ist. Sodann stellt sich auch der von beiden Theilen abgeschlossene Schiedsvertrag dadurch, daß das Schiedsgericht niedergesetzt wurde, und den Schiedsspruch gegeben hat, welcher die Entscheidung über den hier in Frage stehenden Streitpunkt in sich schließt, hinsichtlich dieses Streitpunktes als vollständig erfüllt dar, und keine Parthie kann daher die nochmalige Erfüllung begehren.

Aus diesen Gründen ꝛc. D. R.

III.

Dienstvertrag.

1) Die Absicht einen Vertrag aufzuheben, kann der Richter aus einzelnen Handlungen der Contrahenten entnehmen.

2) Die Klage auf Erfüllung eines Vertrags wird durch die Einrede der Auflösung desselben entkräftet.

Kirchner gegen Reinhardt.

Am 15. Dezember 1854 schloß Handelsmann J. W. Reinhardt jun. in Mannheim mit seinen Commis Heckmann und Kirchner einen vom 31. Juli beginnenden Vertrag auf 5 Jahre ab, wodurch jedem derselben die Procura übertragen und außer einem gewissen Antheil am Gewinne ein jährliches Salair von 1000 fl. zugesagt wurde. Der §. 7 dieses Vertrages lautet wörtlich:

„Sollte Herr Reinhardt mit Tod abgehen oder das Geschäft aufgeben wollen, so ist dieser Vertrag aufgehoben, und es haben die Herren Procuraträger nur das Recht, ihren Gewinnantheil nebst Firum für das laufende Jahr, wie oben, anzusprechen.“

Im April 1856 sah sich Reinhardt genöthigt, die Zahlungen einzustellen und mit seinen Gläubigern ein Abkommen zu treffen. Alles dieses geschah jedoch außergerichtlich.

Im Januar 1857 klagte sodann Kirchner (außer mehreren hier nicht weiter in Betracht kommenden Gewinnantheilen) als rückständiges Salair und zwar für die Monate Mai, Juni, Juli 1856 erstlich 250 fl., sodann für das Vertragsjahr vom 31. Juli 1856 bis dahin 1857 weitere 1000 fl. gegen Reinhardt ein, weil ihm dieser erst im November 1856 gekündigt, er mithin nach §. 7 des Vertrags das Salair für das ganze Jahr anzusprechen habe.

Der Beklagte schützte einwendend vor, daß der Vertrag schon im April 1856 aufgehoben worden und er deßhalb nicht schuldig sei, das geforderte Salair zu zahlen.

In erster und zweiter Instanz wurde der Ausgang des Rechtsstreits von der Leistung oder Verweigerung eines dem Kläger über die eben gedachte Einrede zugeschobenen Haupteides abhängig gemacht, auch das deßfallsige Urtheil, auf die Appellation des Beklagten, in dritter Instanz hinsichtlich des Restes von 250 fl. bestätigt, im Uebrigen aber die Salairforderung unbedingt abgewiesen.

Entscheidungsgründe
zum oberhofg. Urtheile vom 1. Juli 1858.

Nach dem Vertrag vom 15. Dezember 1854 trat der Kläger in das damalige Geschäft des Beklagten „J. W. Reinhardt jr.“, mit der Befugniß der Procura und der Zusicherung eines jährlichen festen Gehalts von 1000 fl. nebst 5 pCt. des reinen Gewinnes, welcher jährlich ermittelt werden sollte.

Der Vertrag wurde auf 5 Jahre, vom 31. Juli 1854 ab, geschlossen, soll aber schon früher aufgehoben werden, wenn Reinhardt mit Tod abgehen oder das Geschäft aufgeben würde, in welchen Fällen der Kläger nur seinen Gewinnantheil nebst Firum für das laufende Jahr anzusprechen hat.

Auf den Grund dieser Bestimmungen fordert Kläger neben andern in dieser Instanz nicht mehr streitigen Beträgen den festen Gehalt von 1250 fl. sammt Zinsen für die Zeit vom 1. Mai 1856 bis 31. Juli 1857.

Diesem an sich begründeten Anspruch hat der Beklagte

durch die Behauptung entgegnet, daß er im April 1856 seine Zahlungen eingestellt und folgeweise sein Geschäft aufgegeben habe, weßhalb die bezügliche Bestimmung über Aufhebung des Vertrags zur Anwendung komme.

Diese Einrede ist hinsichtlich des Betreffnisses vom 1. Mai bis 31. Juli 1856 mit 250 fl. jedenfalls unbegründet und der Beklagte insofern durch die Erkenntnisse der vordern Instanzen nicht beschwert, weil der Kläger auch im Falle der Aufgabe des Geschäfts den laufenden Gehalt bis zum vertragsmäßigen Jahresschlusse zu fordern hat, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe noch im Falle war, Dienste zu leisten oder nicht.

Was dagegen den ferneren Jahresgehalt vom Juli 1856 bis dahin 1857 mit 1000 fl. betrifft, so ergibt sich aus den vom Kläger anerkannten Schreiben desselben vom 22. April und 2. Mai 1856, daß der Beklagte in der That zu jener Zeit seine Zahlungen eingestellt und einen Gläubigerausschuß zur Vermögensverwaltung beauftragt hat, bei welchem der Kläger seine Procura niederlegte und das ihm bis dahin gebührende Guthaben verlangte.

Eine solche, wenn auch nur factische und außergerichtliche Zahlungseinstellung eines Handelsmannes mit Aufgabe der Vermögensverwaltung ist mit der Fortsetzung des bestehenden Geschäfts unter der bisherigen „Firma" unvereinbar, und muß der in dem Vertrag vorgesehenen freiwilligen Aufgabe jedenfalls gleichgestellt werden.

Diese Annahme ist um so mehr begründet, als der Kläger die in dem Vertrag für das damalige Geschäft erhaltene Procura förmlich niedergelegt, und sein aus dem bisherigen Verhältniß herrührendes Guthaben in Anspruch genommen hat. Damit stimmt auch die eigene Auffassung des Klägers überein, wenn in der Klage angeführt wurde, daß der Beklagte den Kläger ersucht habe, gegen „entsprechende Honorirung" ihm zur Erwirkung eines Vergleichs mit seinen Gläubigern behülflich zu sein, sowie bei einem neuen (erst zu gründenden) Geschäfte seine Kräfte zu widmen, was Alles voraussetzt, daß das alte Geschäft, für welches Kläger im Vertrag vom Dezember 1854 angestellt wurde, nicht mehr bestand, und der Kläger aus letzterem keine ferneren Ansprüche hatte.

Hiernach ist die Forderung des Klägers für das Dienstjahr 1856—1857 ad 1000 fl. für hinfällig und der Beklagte insofern für beschwert zu erachten.

Aus diesen Gründen und in Erwägung, daß das hofgerichtliche Urtheil nicht zum Nachtheil des Beklagten abgeändert werden kann rc.

D. R.

IV.

Ueber das Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen in verschiedenen Strafurtheilen.

Nach dem Strafedict fand beim Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen in verschiedenen Strafurtheilen keine Zusammenrechnung und Strafverwandlung statt, sondern mußten die verschiedenen Strafen vollständig erstanden und mit der schwereren Strafe bei der Erstehung der Anfang gemacht werden. arg. §. 97 des Strafedicts und §. 95 der Erläuterungen hiezu.

Nach dem Strafgesetzbuch muß in dieser Beziehung folgendermaßen unterschieden werden:

1) Ist ein Angeschuldigter wegen mehrerer Verbrechen von verschiedenen Gerichten zu Freiheitsstrafen verurtheilt worden, so hat nach §. 109 des Gesetzes vom 5 Februar 1851 das Gericht, welches die höhere Strafe erkannte, die verschiedenen Strafen nach §. 170 bis 179 St.G.B. zusammen zu rechnen, beziehungsweise zu verwandeln.

2) Wenn mehrere von demselben Gerichte erlassene rechtskräftige Urtheile, welche auf Freiheitsstrafen verschiedener Art erkennen, an dem Verurtheilten zu vollziehen sind, oder wenn gegen den Verurtheilten während der Strafvollziehung eine Freiheitsstrafe anderer Art zu erkennen ist, so tritt gemäß §. 165 St.G.B. eine Verwandlung der gelinderen Strafart in die erkannte härtere ein. Diese Vorschrift soll nach einer Entscheidung des großh. Oberhofgerichts auch auf Ehrenkränkungssachen Anwendung finden. Annalen XXIV. S. 267 ff.

3) Wenn dagegen von demselben Gerichte mehrere Urtheile ergehen, welche auf Freiheitsstrafen dergleichen Art erkennen, so findet arg. e contrario des §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 und §. 165 St.G.B. eine Zusammenrechnung in der Regel nicht statt. Nur wenn

4) ein von einem Verurtheilten vor der Verurtheilung begangenes Verbrechen nach demselben Gegenstand eines Strafurtheils wird, findet zufolge §. 179 St.G.B. eine Zusammenrechnung nach §. 170 bis 178 statt, insofern derselbe die bei der ersten Verurtheilung gegen ihn erkannte Strafe nicht bereits erstanden hat. Sind aber

5) die verbrecherischen Handlungen, welche später Gegenstand eines neuen Strafurtheils werden, bis zur Fort-

setzungen des schon früher abgeurtheilten Verbrechens, so ist nur die betreffende Zusatzstrafe zu der früher erkannten Strafe auszusprechen. Annalen XXI. S. 103.

6) Sind Freiheitsstrafen zu erkennen, welche der Verurtheilte während der Strafvollziehung durch neue Verbrechen verschuldet hat, so findet nach §. 167 St.G.B. und §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1831 eine Zusammenrechnung beziehungsweise Strafverwandlung statt und zwar ohne die Beschränkung der §§. 13 und 34 St.G.B.

Mit diesen Unterscheidungen wurde vom Hofgericht des Seekreises schon in mehreren Fällen entschieden, z. B. in folgendem Falle:

Johann Bosseler von Schura, K. W. Oberamts Tuttlingen, wurde vom Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 25. Februar v. J. wegen ersten Rückfalls in den dritten Diebstahl in eine Zuchthausstrafe von 6 Jahren verurtheilt und in die Strafanstalt Bruchsal abgeliefert. Während der Strafvollziehung stellte das K. W. Oberamtsgericht Spaichingen das Ansuchen, den Bosseler behufs der Erledigung einer daselbst gegen ihn anhängigen Untersuchung dahin verbringen zu lassen. Diesem Gesuch wurde entsprochen, weil das Oberamtsgericht sich bereit erklärt hatte, den Bosseler nach beendigter Untersuchung in die Strafanstalt rückliefern zu lassen. Derselbe wurde daher nach Spaichingen transportirt, fand aber Gelegenheit aus dem Gefängnisse daselbst auszubrechen, wurde sodann später im Amtsbezirk Stockach wieder verhaftet, wo er neuerdings Diebstähle verübte, und wiederholt in Untersuchung gezogen. Die Folge war, daß Bosseler vom Hofgericht des Seekreises wegen zweiten Rückfalls in den dritten Diebstahl in eine Zuchthausstrafe von 4 Jahren verurtheilt wurde. Eine Zusammenrechnung der verschiedenen Strafen fand nicht statt, weil die Strafurtheile von demselben Gerichte ergingen und die erkannten Strafen von gleicher Art sind.

Haager.

V.

Cassationsfall.

1) **Die Anzeige der Cassation muß nothwendig die ausdrückliche Angabe der Richtigkeitsgründe enthalten.**

2) **Ist gar kein oder kein gesetzlich zulässiger Richtigkeitsgrund angegeben, so wird das Rechtsmittel ohne öffentliche und mündliche Verhandlung in geheimer Sitzung erledigt.**

In der Untersuchungssache gegen Wilhelm Hettel von Leutershausen, wegen falschen Zeugnisses und gegen Georg Sperling von da, wegen Anstiftung hatte der Vertheidiger des ersten Angeklagten am Schlusse der Verhandlung vom 23. Juni einfach die Cassation gegen das schwurgerichtliche Urtheil angezeigt und in der Folge keine weitere Erklärung abgegeben, wogegen der zweite Angeklagte innerhalb 8 Tagen nach der Urtheilsverkündung die Cassation mit dem Beifügen anzeigte, daß man ihm die zur Last gelegte That beweisen solle.

Auf Vorlage der Akten erfolgte am 8. Juli l. J. bei großh. Oberhofgericht der

Beschluß.

In Erwägung, daß die Anzeige der Cassation, auf deren Grund die Acten zur weiteren Entscheidung anher vorgelegt worden, die Angabe nicht enthält, aus welchen Gründen der im §. 115 des Einf.Ges. bezeichneten Art die allein als Richtigkeitsgründe anerkannt sind, die Cassation ergriffen werden soll;

in Erwägung, daß die ausdrückliche Angabe dieser Gründe sowohl nach der Vorschrift des §. 116 des Einf.-Ges. und §. 278 der St.Pr.O., als auch in Folge der Vorschrift des §. 284 der St.Pr.O. durchaus nöthig erscheint, weil da, wo eine Verurtheilung nicht aus materiellen, sondern nur aus formellen Gründen oder wegen Gesetzesverletzung angefochten werden kann, für den nach dem letztern Paragraphen in der öffentlichen Sitzung zu erstattenden Vortrag jede Grundlage fehlen würde, wenn bestimmte Richtigkeitsgründe nicht angegeben wären; *)

in Erwägung, daß die Unterstellung des §. 278 der St.Pr.O., als sei der Recurs gegen alle Theile des Erkenntnisses gerichtet, der Natur der Sache nach und gemäß einer Vergleichung dieses Paragraphen mit 291 sich nur auf den Fall bezieht und beziehen kann, wann das Erkenntniß selbst aus materiellen Gründen den Gegenstand der Beschwerde ist;

*) Auch die Staatsbehörde ist nicht in der Lage, sich auf die Verhandlung vorbereiten zu können, wenn ihr bis dahin die Richtigkeitsgründe, ohne welche das Rechtsmittel als ein Unding erscheint, vorenthalten worden sind.

in Erwägung, daß eine solche Unterstellung bei dem Rechtsmittel der Cassation nothwendig zur Verwerfung des Rechtsmittels führen müßte, weil hier das Erkenntniß unmittelbar und aus materiellen Gründen nach §. 115 des Einf.Ges. gar nicht Gegenstand der Beschwerde sein kann, sondern nur Mängel der Art, wie sie dort ausdrücklich angegeben sind, die Cassation zu begründen vermögen, die amtliche Unterstellung des einen oder andern oder aller dieser Anfechtungsarten aber um so weniger einen Sinn haben würde, als damit immer noch kein specieller Richtigkeitsgrund als Gegenstand der Beschwerde an die Hand gegeben wäre;

aus diesen Gründen 2c wird die von den beiden Angeklagten W. Hettel und G. Sperling gegen das Urtheil des unterrheinischen Schwurgerichtshofs vom 23. Juni d. J. erhobene Richtigkeitsbeschwerde als unzulässig verworfen. D. R.

VI.

Gegen den richterlichen Ausspruch: daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung (des Angeschuldigten) vorhanden sei — steht dem Beschädigten, welcher sich dem Strafverfahren angeschlossen hat, kein Rechtsmittel zu.

(Annalen XXIV. 247.)

Von mehreren eines Betrugs angeschuldigten Personen hat das zuständige Hofgericht die Eine zur Strafe und Entschädigung verurtheilt, hinsichtlich der Uebrigen aber gleichzeitig ausgesprochen, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. —

Gegen diesen Ausspruch erhob die dem Strafverfahren beigetretene Damnificatin zunächst Beschwerde, welche jedoch für den Fall, daß sie verspätet sein sollte, als Recurs bezeichnet wurde (!) mit der Bitte, die betreffenden Angeschuldigten als Gehilfen am Verbrechen des Betrugs zu bestrafen und dieselben sammtverbindlich haftbar zum Schadensersatz zu verurtheilen.

Durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 13. Juli l. J. wurde aber die erhobene Beschwerde als unstatthaft verworfen.

Gründe.

Die gegen das hofgerichtliche Erkenntniß vom 12. März l. J. von der Beschädigten erhobene Beschwerde ist unzulässig, indem solche nach §. 36 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 nur dem Staatsanwalte zusteht, und eine Beschwerdeführung nach den §§. 296 und 337 der St.Pr.O. hier nicht vorliegt.

Ebensowenig findet der eventuelle Recurs statt, weil das angefochtene Erkenntniß eine Freisprechung der darin bezeichneten Angeschuldigten enthält, wodurch die dem Strafverfahren beigetretene Beschädigte mit ihren Ansprüchen stillschweigend an den bürgerlichen Richter verwiesen ist.

Da sich nun die großh. Staatsbehörde bei obigem Erkenntniß beruhigt hat, so steht nach §. 339 der St.Pr.O. auch der Beschädigten kein Rekurs dagegen zu.

A. d. Gr. 2c. D. R.

VII.

Prozessualische Präjudizien.

Reuer gegen Tränkle.

Gegenstand der Klage vom 11. Juni 1855 war unter andern Streitpunkten:

1) Das ausschließliche Eigenthum an einer zwischen den Anwesen beider Theile durchziehenden Mauer, welches der Kläger auf den Grund gewisser Merkmale in Anspruch genommen hat.

Diese Merkmale wurden jedoch — beiläufig bemerkt — von den Sachverständigen nicht als vorhanden erachtet.

Während nun dieser Rechtsstreit im Laufe war, legte der Kläger in einer nach dem Hof des Beklagten gehenden Riegelwand ein Fenster an, wogegen letzterer Einsprache erhob, über welche auf gepflogene Verhandlung am 15. Januar 1856 das Urtheil der ersten und am 3. September 1856 jenes der zweiten Instanz erlassen worden ist.

Nach vorgängigem Beweisverfahren erfolgte in dem zuerst erwähnten Streite über das Eigenthum der Mauer am 6. April 1857 die untergerichtliche Entscheidung, gegen welche der Kläger appellirte und in der Beschwerdeschrift die oben erwähnten Urtheile für sich anrief, weil

in den Entscheidungsgründen beider Instanzen die fragliche Mauer als sein Alleineigenthum anerkannt sei.

Dasselbe that der Kläger, nachdem er auch mit der Appellation unterlegen war, in der bei großh. Oberhofgericht eingereichten Beschwerdeschrift, jedoch ohne damit obzusiegen, indem die dem bestätigenden Urtheile beigefügten Entscheidungsgründe bemerken: daß in dem Prozesse wegen des Fensters über das Alleineigenthum an der Mauer, welches einen Gegenstand des heute zur Verhandlung ausgesetzten Rechtsstreits bildet, während dessen Anhängigkeit nicht endgültig erkannt werden konnte. Vergl. P.O. §. 284 Abs. 1 u. 5.

2) Die Wiederherstellung eines an dem Neuer'schen Hinterhause ausgebrochenen Mauertheils.

In dritter Instanz beschwerte sich der Kläger: daß die vordergerichtlichen Urtheile diesen Streitpunkt ganz mit Stillschweigen übergangen hätten, worüber die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zu dem bestätigenden Urtheile v. 7. Juli d. J. wörtlich sagen: Wäre dies wirklich der Fall, so hätte dem Kläger nach den §§. 1118 u. 1120 der Pr.O. freigestanden, entweder einen Ergänzungsantrag bei dem Untergerichte einzubringen oder aber, da er ohnehin gegen das Urtheil erster Instanz appellirte, eine eigene Beschwerde bei großherzoglichem Hofgerichte aufzustellen, um eine Entscheidung des übergangenen Streitpunktes herbeizuführen. Da jedoch weder das eine noch das andere geschehen ist, so kann auch in dritter Instanz keine Beschwerde mehr wegen Uebergebung geltend gemacht werden.

Der weitere Inhalt befaßt sich mit der Nachweisung, daß der fragliche Streitpunkt durch die vordergerichtlichen Urtheile in der That zum Nachtheil des Klägers entschieden ist, ohne diesen zu beschweren.

D. R.

VIII.

Strafausmessung bei Rückfällen insbesondere beim dritten Diebstahl.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde Joachim Grundler von M. der Entwendung zweier Eier, von ungefähr $1\frac{1}{2}$ Pfund Brod und etwas Schmalz im Gesammtwerth von 12 kr. und damit eines dritten Rückfalls in den dritten gemeinen Diebstahl für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren oder $1\frac{1}{3}$ Jahr Einzelhaft verurtheilt.

Das großh. Oberhofgericht erkannte durch Urtheil vom 7. Dezember v. J. abändernd, daß die erkannte Zuchthausstrafe auf eine geschärfte Arbeitshausstrafe von 1 Jahr herabzusetzen sei, aus folgenden Gründen:

Die erkannte Strafe erscheint sowohl nach Gattung als Dauer zu hoch gegriffen. Bei Rückfällen ist für die Anwendung des rücksichtlich der Ermessung der Strafgröße unbestimmten Strafgesetzes nicht das Hauptgewicht auf die Zahl der Wiederholungen einer That zu legen, sondern es muß auch hier die ganze That nach allen auf die Verschuldung wirkenden Nebenumständen und zwar zunächst so geprüft werden, als wenn sie die erste Verübung des betreffenden Verbrechens wäre, und ist deren Strafbarkeit von diesem Standpunkte aus ermittelt, so muß die hiefür angemessene Strafe wegen des Rückfalls nach den hierwegen gegebenen gesetzlichen Regeln erhöht werden. Bei dieser Würdigung der Strafbarkeit ist im vorliegenden Falle sowohl auf den Gegenstand des Diebstahls, als den zugefügten Schaden ein besonderes Gewicht zu legen. Jener besteht lediglich in Nahrungsmitteln, die am Tage der That noch selbst von dem Inkulpaten verzehrt wurden, und der Schaden selbst ist von ganz unbedeutendem Werthe nämlich nur auf 12 kr. angeschlagen. Wäre die so beschaffene That nur als dritter Diebstahl zu bestrafen, so würde, abgesehen von dem Erschwerungsgrunde, nach diesseitigem Ermessen nur das Minimum der auf den dritten Diebstahl gesetzten Strafe zu erkennen gewesen sein, weßhalb das Verhältniß der That als abermaliger Rückfall und die Rücksicht, daß erschwerende Umstände (Einbruch und Einsteigen) vorliegen, nur eine Erhöhung jener Strafe bis zu einem Jahre Arbeitshaus eintreten lassen.

Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. **Jahrgang XXV.** **No. 31.**

I.

1) In der Gant des Mannes darf die Frau ihr verliegenschaftetes Einbringen, soweit es noch vorhanden ist, im Stücke zurückfordern.

2) Zum Beweise des Einbringens ist den Gläubigern gegenüber Zeugenbeweis nicht zulässig.

3) Unterschied zwischen Handelsmann und Handwerksmann nach H.R.S. 1 a.

4) Was gehört zu der des Rechts der Entschlagung der Gütergemeinschaft verlustig machenden Einmischung der Ehefrau nach L.R.S. 1454?

Auszug aus den Entscheidungsgründen zum Urtheile des Amtsgerichts Achern vom 3. Oktober 1857 in der Gant des C. W. Klotz von Kappelrodeck.

Der am 7 Mai v. J. in Kappelrodeck † Cridar und seine Wittwe haben am 6. Mai 1850 einen Ehevertrag miteinander abgeschlossen, wonach hinsichtlich des ehelichen Gütergemeinschaftsverhältnisses die Bestimmung getroffen wurde, daß jeder Theil nur 50 fl. in die Gemeinschaft einzuwerfen habe, während alles übrige in die Ehe einzubringende oder später anerfallende Vermögen von der Gemeinschaft ausgeschlossen und hierwegen lediglich die L.R.S. 1500 bis 1504 maaßgebend sein sollen.

In Folge dieser Clauseln verblieb an den von der Wittwe eingebrachten Mobilien und selbstverständlich auch an den fahrenden Forderungen dieser das Eigenthumsrecht, und sie hat daher, da die Gütergemeinschaft aufgelöst wurde und sie sich derselben entschlagen hat, jene von ihr eingebrachten Gegenstände und Forderungen, soweit sie noch vorhanden, resp. noch nicht eingezogen sind, im Voraus wegzunehmen.

Der Gantanwalt hat zwar die Behauptung aufgestellt, die Clausel der Verliegenschaftung bewirke nicht die Fortdauer des Eigenthumsrechts, sondern blos einen Ersatzanspruch nach Auflösung der Gemeinschaft. Allein der zuerst ausgesprochenen Ansicht ist gewiß schon deßhalb der Vorzug zu geben, da im andern Falle auch die Gläubiger berechtigt sein würden, vor Auflösung der Gemeinschaft, wegen Schulden des Mannes, für welche die Frau nicht verhaftet ist, auf jene Mobilien zu greifen, was aber nach der klaren Bestimmung des L.R.S. 1510 den Gläubigern nicht zusteht.

Hiernach erscheint das Begehren um Ausfolgung der Fahrnisse und Forderungen im Stück außer der Gant als rechtlich begründet.

Darauf, daß es auch noch auf den nach der gerichtlich ausgesprochenen Vermögensabsonderung zwischen dem Cridar und seiner Ehefrau abgeschlossenen Vertrage gegründet wurde, kömmt jetzt nichts mehr an, nachdem dieser Vertrag durch diesseitiges Urtheil vom 25 September v. J. für nichtig erklärt wurde, und letzteres die Rechtskraft beschritten hat.

Einredend ist nun aber geltend gemacht worden:

a) Der † Cridar habe zur Zeit der Eingehung der Ehe mit seiner jetzigen Wittwe als Schirmfabrikant in Carlsruhe Handelsgeschäfte getrieben. Demnach seien die Bestimmungen des Handelsrechts auf ihn und seine ehelichen Güterverhältnisse anwendbar und deßhalb auch der Ehevertrag vom 6. Oktober 1850 wirkungslos, weil der in H.R.S. 67 und 69 vorgeschriebene Eintrag in das Offenkundigkeitsbuch nicht bewirkt worden sei.

Da der Cridar unbestrittenermaßen als Handelsmann gestorben ist, so mußte nach dem Vortrag dieser Einrede der Beweis der Behauptung, daß der Cridar zur Zeit der Eingehung der Ehe nur Handwerksmann im Sinne des H.R.S. 1 a war, als zur thatsächlichen Begründung des

Separationsbegehrens gehörig der cridarischen Wittwe auferlegt werden.

Dieser Beweis, welcher durch Zeugen und Sachverständige angetreten wurde, als gewiß zulässige und sogar einzig mögliche Beweismittel, erscheint nun auch als vollständig erbracht.

Nach der Aussage des Zeugen Markstahler hat nämlich Kloß das Schirmmachergeschäft jeweils nur mit einem Lehrling und 1 bis 2 Näherinnen betrieben.

Zeuge Riempp als Vorstand der Carlsruher Handelsinnung gibt an, daß er den C. W. Kloß nur als Handwerksmann gekannt, und daß derselbe nie in die Handelsinnung aufgenommen worden sei.

Dasselbe bestätigt der Zeuge Handelsmann Haagel.

Steuerperäquator Lemke beurkundet, daß Kloß jeweils nur als Handwerksmann in dem Gewerbsteuerkataster eingetragen worden und zwar in der IV. Klasse der Betriebs und in der V. des persönlichen Verdienstcapitals, während er als Handelsmann in der VII. Klasse des persönlichen Verdienstcapitals hätte eingetragen werden müssen, deßgleichen, daß Schirmmacher nur dann in die Klasse der Schirmfabrikanten gesetzt werden, wenn sie mit mehr als 5 Personen arbeiten, daß Kloß aber nach dem Gewerbsteuerkataster pro 1850 nur mit einem Gehilfen arbeitete.

Auf Grund dieser Aussagen und Beurkundungen hat denn auch der Sachverständige Kaufmann Eduard Kölle unter Berücksichtigung der vom Gantanwalt vorgeschlagenen Gegenbeweise sein Gutachten dahin abgegeben, daß C. W. Kloß zur Zeit der Eingehung seiner Ehe nur Handwerksmann im Sinne des H.R.S. 1 a war.

Nach dem Vorgetragenen mußte aber auch dieser Ausspruch für die rechtliche Beurtheilung der Gütergemeinschaftsverhältnisse des C. W. Kloß zur Zeit seiner letzten Verehelichung maßgebend werden, denn die erwiesenermaßen geringe Anzahl von Hilfspersonen liefert die beste Nachweisung, daß Kloß seine Waaren nicht auf Absatz in ganzen Partieen verarbeiten konnte, wenn er sich auch Fabrikant nannte, und der vom Gantanwalt hervorgehobene Umstand, daß C. W. Kloß zur Zeit des Todes seiner ersten Ehefrau 3000 fl. Waarenschulden contrahirt hatte, beweist für sich allein nichts für den handelsmäßigen Geschäftsbetrieb, da diese Schulden erst nach und nach entstanden sind, ebensowenig können aber auch die während der zweiten Ehe erst angefangenen und fortgesetzten Holzhandelsgeschäfte des C. W. Kloß für seine frühere Geschäftsthätigkeit präjudizirend sein.

Daraus ergibt sich, daß die Bestimmungen des H.R.S. 234 237 hier nicht anwendbar sein können, und darum folgeweise auch auf den Eintrag des Ehevertrags in das Offenkundigkeitsbuch (H.R.S. 67. 69), ganz abgesehen von der Frage der Nothwendigkeit und Wirksamkeit dieses Eintrags, nichts ankömmt.

b) Als weitere auf L.R.S. 1454 gegründete Einrede ist vorgetragen worden, daß die vor der Liquidation ausgesprochene Entschlagung von der Gemeinschaft unwirksam sei, indem die Wittwe Kloß sich in die Verlassenschaft und Gemeinschaft thatsächlich eingemischt habe, was zur Wirkung hätte, daß sie nicht befugt sei, Forderungen an die Masse zu machen. Es wird hiefür angeführt:

α) Habe sie den am 25 April v. J. von A. Schranz eingeschickten Betrag von 540 fl. in Empfang genommen und darüber verfügt, ohne sich über die Verwendung dieser Gelder auszuweisen.

Als Beweis hiefür wurde vorgelegt:

1) Das Schreiben der Liquidantin vom 30. April v. J. worin sie dem F. Müller in Mannheim den Empfang des Geldes von A. Schranz anzeigt. Das Schreiben bemerkt aber im Eingang ausdrücklich, „daß der Ehemann der Liquidantin den Empfang des Geldes anzeigen lasse."

2) Das Paketbuch für die Landorte der Postexpedition Achern, worin Seite 120 Friedrich Schneider den Empfang eines Geldpakets von Mannheim im Werth von 534 fl. für C. W. Kloß bescheinigt. Als Beilage befindet sich angeschlossen der Avisbrief der hiesigen Posthalterei d. d. 25 April v. J. behufs der Abholung dieses Pakets.

Auf dem nämlichen Brief steht die Vollmacht für Friedrich Schneider, unterzeichnet: „C. W. Kloß." Hierdurch konnte sonach der Beweis, daß die C. W. Kloß'sche Ehefrau das Geld in Empfang genommen habe, jedenfalls nicht vollständig erbracht werden, selbst wenn hergestellt wäre, daß die Liquidantin die Vollmacht unterzeichnet hätte.

Allein der angetretene Beweis erscheint auch durch den erhobenen Gegenbeweis vollständig elidirt. Denn es ergibt sich einerseits aus der eidlichen Aussage des Friedrich Schneider im Zusammenhange mit der Vollmacht auf dem Avisbriefe, daß er von C. W. Kloß selbst beauftragt wurde, das von Schranz eingesandte Geldpaket in Em-

pfang zu nehmen, und daß er es an Klotz selbst aushändigte, es sodann in seinem weiteren Auftrag umwechselte und mehrere Forderungsposten bezahlte; anderseits bestätigt dieser Zeuge in Uebereinstimmung mit dem Zeugnisse des praktischen Arztes Haas, dem behandelnden Arzte des † Cridars, daß der letztere bis zum Augenblicke seines Todes die Fähigkeit hatte, seine Geschäfte zu besorgen und dies auch wirklich that.

Hiernach konnte es auf das Beweismittel des eventuell zugeschobenen Haupteides nicht mehr ankommen.

Ferner wurde für die behauptete Einmischung angeführt:

β) Die Liquidantin habe Besitz von dem ganzen Vermögen ihres Ehemannes ergriffen, diese Besitzergreifung dem mit der Inventur und Siegelanlegung beauftragten Notar laut öffentlicher Urkunde vom 7. Mai v. J. ausdrücklich erklärt, und die Siegelanlegung abgelehnt.

Die zum Beweise dieser Behauptung producirte allegirte Urkunde bestätigt nun allerdings, daß die Liquidantin dem Notar Heckmann, welcher die Siegelanlegung vorzunehmen hatte, erklärte: „sie halte die Siegelanlegung für unnöthig," da sie Vermögensabsonderung von ihrem verstorbenen Manne erwirkt, und dieser in Folge des ergangenen richterlichen Urtheils ihr fürsorglich in öffentlicher Urkunde sein ganzes Vermögen abgetreten habe, um sie mit ihrem Rückforderungsvermögen zu befriedigen, mithin alles Vorhandene ihr gehöre.

Allein abgesehen davon, daß nach Inhalt dieser Urkunde eine förmliche Ablehnung der Siegelanlegung nicht stattgefunden hat, so geht aus dem Zeugniß des Notar Heckmann, auf welchen sich zum Gegenbeweis berufen wurde, hervor, daß dieser seine eigene Ansicht der cridarischen Wittwe zur Erklärung unterschob, indem er eine Siegelanlegung nicht für nöthig erachtete, und daß die Vornahme der letzteren ganz in sein Ermessen gestellt wurde, daß keinerlei Protest stattfand, und daß die Liquidantin am 13. Mai v. J. bei dem nämlichen Notar erschien, die Siegelanlegung beantragte, und daß diese, wie die angerufene deßfallsige Urkunde auch darthut, am 14. Mai v. J. wirklich stattfand.

Der Zeugenbeweis mußte als zulässig erkannt werden, da er nicht gegen den Inhalt der öffentlichen Urkunde gerichtet war, sondern nur das Zustandekommen derselben erläutern sollte.

Wenn diese Erläuterung aber, wie geschehen, durch den beurkundenden Beamten selbst gegeben wird, so muß hiedurch der Gegenbeweis als vollständig erbracht erscheinen, und da die Liquidantin überdies den Offenbarungseid geleistet hat, so mußte das eventuell beantragte Beweismittel der Eideszuschiebung als unerheblich wegfallen.

Endlich wurde für die behauptete Einmischung angeführt:

γ) Die Liquidantin habe das Geschäft ihres Mannes seit dessen Tod fortbetrieben und somit auch über das Gemeinschaftsvermögen verfügt.

Abgesehen davon, daß diese Behauptung thatsächlich durchaus nicht näher begründet und dadurch nachgewiesen wurde, in wie weit der Geschäftsbetrieb über Verwaltungshandlungen hinausging, so ist die Liquidantin geständig, das Sägmühlengeschäft im Interesse der Gantmasse fortbetrieben zu haben und bereit, hierüber Rechnung abzulegen und es wurde auch hierauf erkannt.

Es liegt aber in der Natur der Sache, daß es sich hier nur um eine Verwaltungshandlung handelt (L.R.S. 1454), denn es ist gewiß im Interesse der Masse gewesen, daß die bereits auf die Sägmühle gebrachten Klötze für die Kunden geschnitten und diesen ausgefolgt wurden.

Ueberdies hat aber auch der Säger Carl Wilhelm, auf dessen Zeugniß sich zum Beweis und Gegenbeweis berufen wurde, bestätigt, daß nur Kundenholz, nicht auch Klötze geschnitten und solche nur zu Gunsten der Gantmasse verkauft wurden.

Hiernach müßte die Liquidantin jedenfalls zum Reinigungseid zugelassen werden.

Da dieselbe aber bereits den Offenbarungseid geleistet hat, und der aufzuerlegende Notheid in der Hauptsache mit diesem zusammenfallen würde, so mußte die Auferlegung unterlassen werden.

Sonach erübrigt nur noch die Frage der Identität. Die letztere ist bezüglich der im Verzeichniß zum Ehevertrag aufgeführten Fahrnisse und Forderungen vom Gantanwalt nicht mehr bestritten, und wurde deßhalb auf die Ausfolgung im Stück, soweit sie noch vorhanden, erkannt.

Was dagegen die im Verzeichnisse zum Ehevertrag nicht aufgenommenen Fahrnisse betrifft, so wurde sowohl das Einbringen der letzteren in die Ehe als die Identität derselben bestritten.

Zum Beweise hiefür ist der Zeugenbeweis angetreten worden, der ganz abgesehen von der Summe, um die es

sich hier handelt, nach der klaren Bestimmung des L.R.S. 1415 vrgl. mit 1504 als zulässig erscheint.

Die Zeugin Friederika Schäfer hat nun bestätigt, daß sie der eidarlischen Wittwe den noch vorhandenen großen silbernen Suppenlöffel als Brautgeschenk gegeben hat.

Die Ehefrau des Polizeisergeanten Keller hat eidlich versichert, daß die Liquidantin zwei noch vorhandene silberne Eßlöffel, C. K. und A. K. gezeichnet, von dem † Buchhalter Fliegauf, und zwei weitere gleichfalls noch vorhandene silberne Eßlöffel von der † Frau Holzhändler Schuhmacher als Braut zum Geschenk erhalten habe, desgleichen 6 silberne Caffeelöffel von dem ausgewanderten Kaufmann Albert Frei, sodann die weiteren 6 Caffeelöffel von Fräulein Caroline Weis in Freiburg, den kleineren Schöpflöffel von Schreiner Wagner, die Tortenschaufel von der Fräulein Butzengeiger und die Dessertmesser von der Controleur Dick Wittwe. Ebenso hat diese Zeugin bestätigt, daß die Liquidantin die noch vorhandene Damenuhr und das Bracelet von ihrem † Ehemann noch als Braut erhalten habe.

Ferner bestätigte die Zeugin Christine Hofmann, Wittwe des Kammerlakaien gleichen Namens, daß sie den noch vorhandenen silbernen Schaumlöffel der Liquidantin als Braut geschenkt habe; dessen Herausgabe ist jedoch nicht beantragt.

Ueber das Einbringen von weiteren 5 silbernen Eßlöffeln wurde kein Beweis erbracht.

Hiernach mußte, wie geschehen, die Liquidantin mit ihrem Begehren wegen Herausgabe dieser Löffel abgewiesen werden; dagegen wurde sie, was die übrigen Gegenstände betrifft, sowohl bezüglich des Einbringens als der Identität wegen, da durch die einvernommenen Zeugen ein halber Beweis erbracht worden, nach §. 587. 588 der Pr.O zum Erfüllungseid zugelassen, von dessen Leistung ihr Rückforderungsrecht abhängig gemacht wurde.

Wegen der Kosten ist der §. 170 der Pr.O. maßgebend.

Entscheidungsgründe

zum Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 26. Februar 1858.

Amalie Kendrick, jetzt verwittwete Klotz, hatte in dem unterm 6. Oktbr. 1850 mit ihrem nunmehr verstorbenen Ehemann abgeschlossenen Ehevertrag alle ihre jetzige und zukünftige fahrende Habe nach Maaßgabe der L.R.S. 1500—1504 von der Gemeinschaft ausgeschlossen, in welche beiderseits nur der Betrag von 50 fl. fallen sollte.

Demgemäß liquidirte sie, nachdem ihr Ehemann 1856 verstorben und gegen seine Verlassenschaft wegen Ueberschuldung Gant erkannt war, unter Entschlagung von der Gemeinschaft ihre Ansprüche, die ihr zwar von der Gantmasse aus verschiedenen Gründen bestritten wurden, hinsichtlich deren aber, soweit die Sache hier noch zur Sprache kommt, der Unterrichter zu ihren Gunsten erkannt und wogegen nun Holzhändler Schranz in Wurzach, Gläubiger der V. Classe appellirt hat.

Mit Ausnahme einer einzigen Beschwerde erscheinen jedoch alle übrigen Beschwerden unbegründet.

Wenn nämlich zunächst der Liquidantin, Appellatin, die Geltendmachung ihres Ehevertrags deßwegen bestritten wird, weil C. W. Klotz zur Zeit der Eingehung der Ehe Handelsmann gewesen, oder es jedenfalls später geworden sei, der Ehevertrag aber nicht nach Vorschrift des Handelsrechts offenkundig gemacht worden sei, so erscheint dieser Einwand nach Ansicht der H.R.S. 68—70 u. L.R.S. 6k in Rechten nicht begründet, weil die für die Unterlassung des Eintrags zum Offenkundigkeitsbuche vom Gesetze bestimmte Folge eine ganz andere ist, als die vom Appellanten bezeichnete und bezw. das Gesetz eine Nichtigkeit, wie Appellant sie nunmehr geltend macht, nicht gedroht hat.

Uebrigens haben die Verhandlungen erster Instanz zur Genüge dargethan, daß Klotz, wenn auch seit dem Jahre 1852 Handelsmann geworden, zur Zeit seiner Verehelichung lediglich Gewerbsmann gewesen ist.

Ferner wird der Wittwe Klotz das Recht der Entschlagung von der Gemeinschaft bestritten, weil sie sich in diese eingemischt, auch Gegenstände der Gemeinschaft unterschlagen und verheimlicht habe. L.R.S. 1454. 1460. Abgesehen davon, daß die Verhandlungen den Beweis der deßfalls vorgebrachten Thatsachen nicht in der Art erstellt haben, wie solche dargestellt wurden, sind jene Thatsachen an sich nicht geeignet, die Annahme einer Einmischung oder Unterschlagung oder Verheimlichung zu rechtfertigen. Hätte nämlich auch die Wittwe Klotz aus eigenem Antriebe nach dem Tode ihres Ehemannes dem betreffenden Notar erklärt, es werde die Inventur und Versiegelung des Nachlasses nicht nöthig sein, weil ihr Ehemann einige Wochen vorher in dem Akte vom 13. April 1856 ihr zur Deckung ihres Vermögens sein sämmtliches Vermögen abgetreten habe, so ginge hieraus gerade das

Gegentheil einer Einmischung, das ist (wie S. 1454 ausdrücklich sagt), daß sie sich als Theilhaberin der Gemeinschaft benommen hätte, hervor, indem sie vielmehr kraft besonderen Vertrages sich als Eigenthümerin — mit Recht oder Unrecht — betrachtet hätte.

Eben deßwegen wäre die Fortführung der Drahtstiftfabrikation und die Betreibung der Sägmühle unerheblich und kommt in dieser Beziehung überhaupt zu bemerken, daß die Wittwe zu diesen Verwaltungshandlungen auch nach der am 14. Mai 1856 nachträglich vorgenommenen Inventur zufolge L.R.S. 1454 sicher befugt war.

Endlich enthielte die Thatsache, daß die Appellatin noch zu Lebzeiten ihres Ehemanns ein an iesen adressirtes Geldpaket in Empfang genommen und über letzteres verfügt hätte an und für sich noch nicht eine Unterschlagung oder Verheimlichung, gegen welche ohne dieß der Umstand spricht, daß sie im Namen ihres kranken Ehemannes den Empfang des Geldes dem Uebersender (dem jetzigen Appellanten) sofort angezeigt hat.

Es konnte daher namentlich auch nicht auf den der Wittwe Klotz zugeschobenen Eid erkannt werden. — (Hinsichtlich mehrerer Beschwerden wurden die amtsgerichtlichen Entscheidungsgründe mit einem thatsächlichen Zusatze adoptirt).

Begründet dagegen ist die Beschwerde gegen die Bestimmung wegen Zurückgabe der angeblichen Brautgeschenke, denn hinsichtlich dieses Einbringens, kann nämlich der Beweis wohl dem Ehemanne, nicht aber dem Gläubiger gegenüber durch Zeugen erbracht werden.

L.R.S. 1504a. 1499. 1510.

Zachariä, franz. Civ.Recht §. 522.

Da nun aber die Appellatin den Beweis lediglich durch Zeugen angetreten hatte, so mußte sie mit ihrem Anspruche abgewiesen werden.

Aus diesen Gründen ꝛc.

In dritter Instanz wurde am 6 Juli l. J., unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bestätigend erkannt. X.

II.

Ueber den Begriff der Zahlung zur Ungebühr und über die Grenzen der Legitimation der Vertreter einer Gantmasse bezüglich des Massevermögens.

Die Ehefrau Tränkle hatte an die Gantmasse ihres Mannes 5100 fl. zu fordern und wurde damit im amtsrevisoratlichen Entwurfe des Vertheilungsbescheides an Liegenschaftssteigerer verwiesen — jedoch so, daß an ihrer Stelle mehrere richterlich eingewiesene Gläubiger dieser Frau, namentlich auch der Beklagte, deren Guthaben erhalten sollten. Joseph Zivi nahm aber eben dieß Guthaben als sein Eigenthum kraft Cession in Anspruch und erhob daher gegen den Vertheilungsbescheid, soweit er zu Gunsten der eingewiesenen Gläubiger der Ehefrau Tränkle lautete, Einsprache.

Dieß kam nun bei der am 30. November 1854 stattgefundenen Verkündung des Vertheilungsbescheids zur Sprache, und hatte zur Folge, daß einige der betheiligten Gläubiger, worunter aber der Beklagte nicht war, sich dahin vereinigten, daß das streitige Betreffniß der Ehefrau Tränkle zurückbehalten und einem besondern Austrage vorbehalten werde, worauf der Gantrichter sofort verfügte, daß der Vertheilungsbescheid zwar im Uebrigen bestätigt werde, aber bezüglich des fraglichen Betreffnisses das Vertheilungsverfahren ausgesetzt bleibe, und die concurrirenden Gläubiger zum besonderen Austrage verwiesen werden. Nur mit diesem Vorbehalte wurde der Vertheilungsbescheid sodann verkündet.

Dessenungeachtet und ohne daß die Einsprache des Zivi erledigt war, fertigte das Amtsrevisorat Freiburg eine Verweisung vom 24. Januar 1856 aus, wornach ein Steigerer von Masseliegenschaften, das Heiliggeistspital Freiburg, von seiner Schuldigkeit an den Beklagten 500 fl. 31 kr. nebst Zins zahlen solle, und diese Zahlung erfolgte auch mit 536 fl. 48 kr. am 23. Februar 1856.

Die klägerische Gantmasse fordert nun diese Summe, als eine Zahlung zur Ungebühr zurück, und verlangt Zinsen vom Zahlungstage an, weil sich der Beklagte in bösem Glauben befunden habe.

Soweit geht der Inhalt der Klage in Verbindung mit den Zugeständnissen des Beklagten und den Ergebnissen der Beweisverhandlung.

Von den Einwendungen des Beklagten sind nach dieser Sachlage nur jene erheblich, daß die klägerische Gantmasse nicht sachberechtigt sei, weil es sich nicht um Massevermögen, sondern um Vermögen der Ehefrau Tränkle handle; und daß der Beklagte als eingewiesener Gläubiger dieser Frau bezugsberechtigt gewesen sei, was der klägerische Theil rechtlich zu widerlegen suchte.

Gegen das dem Klagantrage der Gantmasse entsprechende amtliche Urtheil hat der Beklagte ohne Neuheiten die Appellation ausgeführt, und es wurde auch von dem

mittelrheinischen Hofgerichte und von dem großh. Oberhofgerichte mit Urtheilen vom 18. September 1857 und beziehungsweise vom 18. März 1858 die klagende Gantmasse mit ihrer Forderung abgewiesen.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Ihre eigentliche Grundlage hatte die Klage in der Behauptung, daß der Beklagte jene Uebereinkunft mit abgeschlossen habe, wonach das Guthaben der Ehefrau Tränkle an die Gantmasse ihres Mannes einstweilen unvertheilt bleiben solle. Die darauf abzielende Behauptung ist aber durch das Ergebniß der Beweisverhandlungen vollkommen widerlegt, denn das Protokoll vom 30. November 1854 über die Verkündung des Tränkle'schen Vertheilungsbescheids benennt die diesem Akte anwohnenden Personen einzeln und bezeichnet mit Namen diejenigen, welche die fragliche Uebereinkunft abschlossen. ohne daß unter den Einen oder den Andern der Beklagte erscheint, weßhalb schon aus diesem Grunde die Klage sich als hinfällig darstellt.

Will man aber auch einer mildern Ansicht Raum geben und die in der Klage enthaltene Andeutung über die irrthümliche Ausfertigung der Verweisung, kraft deren der Beklagte Zahlung erhielt, so auslegen, daß darin — selbst ohne des Beklagten Theilnahme an der Uebereinkunft eine Verpflichtung desselben zur Rückerstattung des Empfangenen geltend gemacht werden sollte, so muß man dennoch diesen Anspruch für verwerflich erachten.

Vor Allem ist daran festzuhalten, daß ein gefährdevolles Benehmen des Beklagten in Erwirkung der fraglichen Verweisung nirgends behauptet oder ersichtlich ist, indem vielmehr die Klage ausdrücklich sagt, daß das Heiliggeistspital Freiburg, um seine Schuld für ersteigerte Masseliegenschaften abtragen zu können, bei dem Stadtamtsrevisorate Freiburg die Ausfertigung der Verweisung nachgesucht und erwirkt habe.

Hat demnach der Beklagte gar keine Thätigkeit entwickelt, sondern nur das Geld angenommen, welches ihm in Folge der Verweisung zugeschickt wurde, so fällt ihm keinerlei Rechtswidrigkeit zur Last, und selbst von wissentlicher Benützung eines Irrthums kann keine Rede sein, da der Beklagte bei der zwei Jahre nach Verkündung des Vertheilungsbescheids und nach Einreichung der Zwischen Einsprache erfolgten Zahlung der Meinung sein durfte, daß inzwischen die Sache geordnet worden sei.

Unterliegt es nun auch keinem Zweifel, daß die Verweisung mit dem gantrichterlichen Bescheid vom 30. November 1854 im Widerspruche steht, so folgt daraus nicht, daß der Beklagte eine Zahlung zur Ungebühr im Sinne von L.R.S. 1235. 1376 empfangen hat. Die Ehefrau Tränkle hatte aus der Gantmasse ihres Mannes über 5000 fl zu beziehen, und sie war damit auf verschiedene Liegenschaftssteigerer, namentlich auch das Heiliggeistspital Freiburg in dem Entwurfe des Vertheilungsbescheids angewiesen, woran der gantrichterliche Bescheid vom 30. November 1854 nichts änderte, indem dieser den Entwurf des Vertheilungsbescheids im Allgemeinen genehmigte und nur aussprach, daß die projectirte Vertheilung des Guthabens der Frau Tränkle unter ihre eigenen Gläubiger ausgesetzt bleiben solle.

Mithin war das genannte Hospital Schuldner der Frau Tränkle, und nur darüber herrschte Ungewißheit, ob es seine Schuld an diese selbst oder nach Maßgabe von L.R.S. 1239 an deren Gläubiger und an welche zu entrichten habe. Der Beklagte seiner Seits war Gläubiger der Frau Tränkle und auf deren Guthaben an die Gantmasse ihres Mannes mithin auch auf jenes an das Heiliggeistspital, bis zum Betrage seiner Forderung richterlich eingewiesen, also hat er von dem Schuldner seiner Schuldnerin in Uebereinstimmung mit seiner gerichtlichen Zuweisung Zahlung erhalten, und jedenfalls erfolgte dieselbe nicht auf eine vermeintliche, sondern auf eine wirklich bestehende Forderung. Wer aber eine Forderung hat, kann die Zahlung derselben kraft L.R.S. 1236 von jedem Dritten, welcher nicht sein Schuldner ist, annehmen, ohne daß es ihn berührt, aus welchem Grunde der Dritte die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt.

Endlich kommt noch in Betracht, daß die Tränkle'sche Gantmasse, welche nach rechtskräftiger Anweisung des Zwi allein den klagenden Theil bildet, bei der Sache gar nicht betheiligt und zur Anstellung der Klage nicht berechtigt ist. Nach L.R.S. 1235. 1376 kann eine Zahlung zur Ungebühr nur von dem, welcher sie geleistet hat, zurückgefordert werden und der Zahlende ist hier nicht die klagende Gantmasse, sondern das Heiliggeistspital, weßhalb nur Letzteres sachberechtigt sein könnte. Die Tränkle'sche Gantmasse ist, wie oben gezeigt wurde, verpflichtet, der Ehefrau des Gemeinschuldners diejenigen Theile des Massevermögens zu überlassen, welche ihr in dem Entwurfe des Vertheilungsbescheids zugesprochen sind, und die Gläubiger dieser Frau sind als solche nicht Gantgläubiger, da deren Vermögen nicht in die Gant gefallen ist, sohin erscheint

es für die Gantmasse ganz gleichgiltig, in welcher Weise über die Steigschillinge, die der Frau Tränkle gehören, verfügt wird.

Ungetheiltes Massevermögen bildet allerdings einen Gegenstand der Gant, allein solches steht hier nicht in Frage, sondern es handelt sich um solche Theile des Masservermögens, welche bereits einem Gantgläubiger zugeschieden sind, und diese sind der Masse fremd.

Die Steigschillinge waren nicht an den Massepfleger zu entrichten und von diesem zu vertheilen, sondern dieselben wurden unmittelbar an die Gläubiger verwiesen, und mit dieser Verweisung verschwand nach Pr.O § 897 Z. 2. § 899. 900 jedes Interesse der Gantmasse an den Steigschillingen, weßhalb die Zahlung derselben die Gantmasse gar nichts angeht.

A. d. Gr. rc.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Nach dem Entwurf des Vertheilungsbescheids in der Gant des Bierbrauers Tränkle war das der Ehefrau des Cridars, einer Gantgläubigerin, aus der Masse zukommende Betreffniß mehreren Gläubigern derselben, darunter dem Beklagten, an Zahlungsstatt zugewiesen; — J. Zivi, welcher das Guthaben der Tränkle an die Masse als ihm cedirt in Anspruch nahm, erhob hiergegen Einsprache und erwirkte auch eine gantrichterliche Verfügung, wonach das Vertheilungsverfahren in Bezug auf jenes Betreffniß bis zur Entscheidung jenes Vorzugsstreits zwischen ihm und den Gläubigern der Tränkle ausgesetzt bleiben sollte. Ungeachtet dessen wurde noch vor der Entscheidung dieses Streits einem Steigerer von Masseliegenschaften in einer dem Entwurf des Vertheilungsbescheids entsprechenden Verweisung des großh. Amtsrevisorats die Zahlung seines Steigschillings an den Beklagten aufgegeben und auch sofort an ihn geleistet.

Die Gantmasse fordert nun von ihm die Zahlung als eine zur Ungebühr empfangene zurück.

Dieser Anspruch erscheint jedoch unstatthaft, weil der Gantmasse die Legitimation zu dessen Verfolgung fehlt, indem sie, wie schon von großh. Hofgericht ausgeführt wurde, kein rechtliches Interesse daran haben kann, in welcher Weise über den fraglichen Steigschilling verfügt wird, um den sich nicht etwa Gantgläubiger streiten, der vielmehr einen Theil des der Ehefrau Tränkle zukommenden Betreffnisses bildet, um welchen sich deren Gläubiger streiten.

Wenn ferner auch die Verweisung und Zahlung an den Beklagten nur auf einem Versehen beruhte, so ist dieselbe noch keineswegs als eine zur Ungebühr geleistete anzusehen; sie wäre dieses vielmehr erst dann, wenn in dem Vorzugsstreit des Beklagten mit Zivi das bessere Recht des letztern anerkannt werden sollte. L.R.S. 1235. 1376.

Hiernach erscheint die von der Klägerin gegen das hofgerichtliche Urtheil erhobene Beschwerde unbegründet rc.

X.

III.

Beschwerdesumme.

Deren Berechnung in Ganten.

Annalen XIX. 288. XX. 415.

In der Gant des Holzhändlers C. W. Kloß zu Kappelrodeck stritten sich zwei Gläubiger um den Vorrang in der Befriedigung bis zur dritten Instanz, wo eine Beschwerdesumme von 1000 fl. erforderlich war.

Es hat aber der Oberappellat, unter Zugrundlegung des muthmaaßlichen Ergebnisses der einstigen Distribution, das Vorhandensein der nöthigen Summe beanstandet; allein ohne Erfolg, indem die Oberappellation für zuläßig erachtet und das Urtheil in der Hauptsache selbst am 6. Juli l. J. gegeben wurde.

Entscheidungsgünde.

Die Oberappellatin bestreitet die Zulässigkeit der Oberappellation wegen Mangels der gesetzlichen Beschwerdesumme, weil bei deren Berechnung auf das Ergebniß der künftigen Verweisung in der Kloß'schen Gant Rücksicht genommen werden müsse, nach dieser aber, selbst wenn in dritter Instanz durchgehends nach den Anträgen des Oberappellanten erkannt werden würde, dieser für seine in der 5ten Klasse locirte Forderung von 1042 fl. 24 kr. keinenfalls einen der erforderlichen Beschwerdesumme von 1000 fl. gleichkommenden Betrag zu erwarten haben könne.

Allein zur Zeit läßt sich noch nicht mit voller Gewißheit bestimmen, wie hoch das dem Oberappellanten bei der dereinstigen Gantverweisung zukommende Betreffniß sich berechnen wird, weßhalb der Betrag seiner Forderung als Streitgegenstand zu betrachten ist, somit, da jene unbestrittenermaaßen 1000 fl. übersteigt, die Oberappellationssumme als vorhanden erscheint rc.

D. R.

IV.

Rechnungsfehler.

Dessen Berichtigung während der gewöhnlichen Verjährungszeit.

Fiscus gegen Leiningen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 8. Juli 1858.

„Es ist eine allgemein gültige, in allen Fällen zuläßige Regel, daß ein Rechnungsfehler — und zwar innerhalb der Zeit der gewöhnlichen Klagenverjährung — der Verbesserung unterliegt, wobei es vorausgesetzt, daß nicht der Fehler selbst Gegenstand der Uebereinkunft war, nicht darauf ankommt, ob derselbe in der Vertragsurkunde selbst oder in der ihr zum Grunde liegenden Rechnung begangen worden ist.

Maleville zu Satz 2058.

Zachariä §. 422. Note 15 und 16.

Jene Regel muß daher auch da Anwendung finden, wo in einem Kauf- oder Tauschvertrage, oder in der ihm zur Grundlage dienenden Berechnung des Flächengehalts der den Vertragsgegenstand bildenden Grundstücke die ausgeworfenen Zahlen des Maasgehalts fehlerhaft zusammen gezählt und folgeweise auch der Kaufpreis unrichtig berechnet worden ist. Denn dieser Fall liegt außerhalb der Bestimmung des S. 1622, indem die Behauptung eines begangenen Rechnungsfehlers wesentlich von der Behauptung verschieden ist, daß das Maas eines Grundstücks zu hoch oder zu nieder angegeben worden sei ꝛc." D. R.

V.

Literatur-Notiz.

Anwaltstarordnung für das Großherzogthum Baden nach dem Stand von 1858. — Karlsruhe bei Gutsch.

Mit diesem Hülfswerkchen hat der Herr Verfasser (dem Vernehmen nach Refer. Dr Bingner im Sekretariat des großh. Justizministeriums) ebenso sehr einem wirklichen Bedürfniß Genüge geleistet, wie durch seine frühere Arbeit, nämlich das Annalen XXIV. No. 51 angezeigte Handbuch für badische Juristen; denn eine Reihe von sich ergänzenden, abändernden und aufhebenden Verordnungen und Gesetzen regeln das Anwaltsgebührenwesen, und so ist es schon erwünscht, eine Sammlung dieser Quellen zum Handgebrauch zu besitzen, außerdem aber ist eine systematische Bearbeitung der einzelnen, in Gültigkeit befindlichen Bestimmungen nothwendig. Dazu war gerade jetzt um so mehr Veranlassung vorhanden, als insbesondere durch die neueste Verordnung vom 1. Juni l. J. die älteren Werke über die Anwaltsgebühren fast ganz unbrauchbar geworden sind.

Die hier angezeigte Schrift entspricht auch vollkommen der oben bezeichneten doppelten Aufgabe, indem deren erste Abtheilung eine systematische Zusammenstellung der gegenwärtig gültigen Bestimmungen über die Gebühren der Anwälte mit genauer Anführung der Quellen, die zweite Abtheilung aber eine chronologische Sammlung der vorhandenen Verordnungen enthält. Der ersten Abtheilung geht noch eine Einleitung voraus, in welcher über das Schriftverfassungsrecht (namentlich über Ertheilung und Verlust desselben), über die Vertretung in Civilprozessen, und über den Gebrauch von Stempelpapier gehandelt wird. Natürlich sind überall Civilprozesse, Criminal- und Administrativsachen in gleicher Weise berücksichtigt, und eine lichtvolle Anordnung und Darstellung machen das Werkchen auch für den Laien zugänglich, wie sie seine Brauchbarkeit für das juristische Publikum vermehren.

Als Anhang folgt schließlich eine tabellarische Uebersicht aller einzelnen Anwaltsgebühren, wodurch Aufstellung und Prüfung der Kostenverzeichnisse sehr erleichtert wird. Ein gutes alphabetisches Register sowie eine vollständige Inhaltsübersicht sind auch noch zu erwähnen.

Bei sehr hübscher Ausstattung des Werkchens ist dessen Preis mit 1 fl. ganz nieder gestellt. Dr. Puchelt.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 32.

I.

Betrug in Vertragsverhältnissen. Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht.

§. 452. 456. 430 St.G.B

Rudolph Wehrle, von seinen Heimathsbehörden als arbeitsscheu und überhaupt schlecht beleumundet bezeichnet, ohne anerfallenes Vermögen und einer armen Familie angehörig, weßhalb er auch wenig oder gar kein Vermögen zu hoffen hat, entfernte sich im Oktober 1856 von Hause und zwar wegen mehrfacher Betreibung durch Gläubiger. Er besaß keine genügenden Mittel zum Unterhalte, zog aber gleichwohl bis zu seiner im Januar 1857 erfolgten Verhaftung in einem großen Theile des Großherzogthums Baden und in einzelnen Theilen des Königreichs Würtemberg herum, ohne Arbeit anzunehmen, wenn er auch solche hätte bekommen können, und er konnte überhaupt einen ordentlichen Erwerbszweig oder einen anderen erlaubten Zweck seines Hin- und Herreisens nicht nachweisen, da namentlich bezüglich der behaupteten Beschäftigung als Reisender und Gehülfe seiner Mutter beim Betriebe einer Branntweinbrennerei all sein deßfallsiges Vorbringen nach vorliegendem Berichte des Bürgermeisteramtes Triberg und nach den im Einzelnen gemachten Erhebungen als unglaubwürdig erschien und er auch selbst zugestand, daß er auf seinen Kreuz- und Querzügen nur an einem einzigen Orte unbedeutende Bestellungen in Branntwein gemacht habe.

Er hatte nun während dieses Herumziehens und auch später nach seiner im Februar 1857 erfolgten Entlassung aus dem Verhafte mehrere Personen durch arglistige Entstellung der Wahrheit, indem er sich insbesondere für einen Branntweinhändler ausgab, der am betreffenden Orte oder in dessen Umgegend Geschäfte mache, oder auf Geschäftsreisen zum Zwecke des Ein- und Verkaufs und zur Erhebung von Geldern begriffen sei, und indem er auch noch weitere unwahre thatsächliche Verhältnisse zur Täuschung der betreffenden Personen vorspiegelte, veranlaßt, ihm entweder baare Darleihen zu geben, oder ihn in Gastwirthschaften aufzunehmen und zum Theile längere Zeit zu behalten und ihm Quartier und Verköstigung zu geben, auch Fuhrdienste zu leisten, oder ihn im Wirthshause oder zu Hause zu bewirthen, oder ihm vorgespiegelte Forderungen an Angehörige zu bezahlen, oder ihm eine Uhr kaufweise zu überlassen und den Kaufpreis zu creditiren, oder ihm endlich Kleidungsstücke zu leihen.

Ueberhaupt ergab sich aus dem ganzen Treiben Wehrles als unzweifelhaft, daß er bei all den von ihm übernommenen Verbindlichkeiten jeweils von vorn herein die Absicht hatte, solche nie zu erfüllen und nach seinen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen hatte er auch gar keine Aussicht, die übernommenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

Außer den angeführten Fällen eines vollendeten, d. h. mit Erfolg ausgeführten Betruges hatte Wehrle noch versucht, mehrere Personen auf dieselbe Weise zu betrügen.

Endlich hatte Wehrle bei einigen Personen zur Täuschung derselben von Urkunden Gebrauch gemacht, welche sich als Urkunden dritter Personen darstellten und welche die betrügerischen Vorspiegelungen glaubhaft machen sollten. Sich für einen Küfer, Wein- oder Branntweinhändler ausgebend, bald behauptend, daß er auf einer Geschäftsreise sei, bei seinen Kunden Geld einziehen sollte, aber keines erhalte, bald behauptend, daß er sein Geld verloren habe, wies er nämlich an einem Orte einen Bestellungsbrief für Branntwein von einem Wirth in St. Gallen und mehrere Rechnungen für seine Kunden in der Schweiz, an einem andern Orte Briefe eines daselbst bekannten Fuhrmannes über Branntweinlieferungen und wieder an einem andern Orte Schuldscheine auf seinen Namen aus-

gestellt vor, und erhielt in Folge dessen Anlehen von 4 bis 6 fl. Alle diese Urkunden waren aber von Wehrle selbst in der Absicht gefertigt worden, seinen Vorspiegelungen Glauben zu verschaffen.

Vom Hofgericht des Seekreises wurde Wehrle theils des vollendeten, theils des versuchten Betrugs, theils der Fälschung von Privaturkunden für schuldig erklärt und in eine Arbeitshausstrafe sowie in eine Geldstrafe verfällt.

Das großh. Oberhofgericht erkannte durch Urtheil vom 11. Juni d. J. theils bestätigend, theils abändernd und zwar dahin, daß hinsichtlich einiger Fälle des vollendeten und versuchten Betruges auszusprechen sei, daß wegen Mangels der Anzeige kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, und daß der Angeschuldigte statt der Fälschung von Privaturkunden sich nur des Betruges schuldig gemacht habe und verurtheilte den Angeschuldigten nur zu einer Kreisgefängnißstrafe.

In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Mit Unrecht hat das großh. Hofgericht

1) dem Rekurrenten eine Fälschung von Privaturkunden in gewinnsüchtiger Absicht zur Last gelegt. Der Rekurrent hat zwar dem Bahnwarth Zeughenne in Säckingen, dem Briefträger Geppert in Rastatt und dem Apothekergehülfen Stutz in Durlach von ihm — dem Rekurrenten — gefertigte Bestellbriefe und Rechnungen dritter Personen vorgezeigt, um dadurch jene Personen zu vermögen, seinem fälschlichen Vorgeben bei dem Verlangen von Darleihen mehr Glauben zu schenken, allein jene Urkunden sind keine Urkunden, wie sie das Gesetz — §§. 423 430 des St.G.B. — zur Begründung des Verbrechens einer Urkundenfälschung voraussetzt, keine nachgeahmten Urkunden jener Personen, gegen welche dieselben gebraucht wurden, oder solche Urkunden, welche, wenn sie ächt wären, — geeignet sein würden, Rechtsansprüche zu begründen. Es stellen sich jene Urkunden vielmehr lediglich als gemeine Kunstgriffe dar, um die mündlichen Vorspiegelungen zum Zwecke der Erlangung von Darleihen zu unterstützen und sind daher in eben die Klasse dieser mündlichen Vorspiegelungen und Entstellungen der Wahrheit, deren Rekurrent sich nebenbei schuldig gemacht hat, zu setzen, so daß hier dem Rekurrenten wohl das Verbrechen des gemeinen Betrugs im Sinne des §. 450 des St.G.B., nicht aber jenes einer Urkundenfälschung zur Last liegt.

Das großh Hofgericht hat ferner

2) angenommen, daß Rekurrent als ein Landstreicher erachtet werden müsse, somit einer der Ausnahmsfälle des §. 456 des St.G.B vorliege, daß auch ohne Anzeige des Beschädigten ein Betrug in Vertragsverhältnissen untersucht und bestraft werden könne. Jene Annahme muß jedoch für unrichtig erkannt werden. Nach §. 639 des St.G.B. kann nur derjenige als Landstreicher erachtet und bestraft werden, der wegen Herumziehens außer seinem Wohnsitz, ohne ordentlichen Erwerbszweig oder genügende Mittel seines Unterhalts und ohne Nachweisung eines erlaubten Zweckes im Verlauf der letzten drei Jahre zweimal polizeilich bestraft worden ist und rückfällig wird. Es ist nun aber Rekurrent noch niemals wegen einer solchen Lebensweise bestraft worden, und die Thatsache, daß er sich jetzt einer solchen schuldig gemacht hat, könnte wohl Anlaß zu einer polizeilichen Bestrafung abgeben, noch nicht aber das Vergehen der Landstreicherei begründen. Ein Grund zum Abgehen von der Regel des §. 456 des St.G.B. liegt sonach nicht vor und da die durch Betrug in Vertragsverhältnissen Beschädigten: Alexander Müller in Rastatt, Ignatz Maß in Oppenau, Hirschwirth Fechtig in Birkendorf und Briefträger Oppert in Rastatt — bestimmt erklärt haben, keine Untersuchung zu verlangen; Waldmeister Brutsche in Ueberlingen aber einen Antrag hierauf nicht gestellt hat und es überdieß nach dem Ergebniß der Untersuchung zweifelhaft erscheint, ob Recurrent bei demselben überhaupt und in welchem Umfange einen Betrug beabsichtigt habe, — so mußte in Bezug auf alle diese Personen die weitere gerichtliche Verfolgung des Rekurrenten eingestellt werden.

3) Bezüglich aller übrigen hier nicht ausgenommenen Beschädigten liegt — soweit ein Betrug in Vertragsverhältnissen in Frage steht, — die bestimmte oder dem gleichzustellende Erklärung, daß Untersuchung verlangt werde, vor, und es unterliegt, wie schon die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe darthun, auch ferner keinem Zweifel, daß der Thatbestand eines Betruges im Sinne der §§. 450, 451 und 452 Ziff. 1 des St.G.B. überall als erwiesen anzunehmen ist.

Nach allem diesem rechtfertigt sich nun zwar die von großh. Hofgerichte erkannte Strafe nicht mehr, wohl aber immer noch eine hochgegriffene Strafe.

Die Entscheidung dürfte, soweit sie das hofgerichtliche Urtheil abändert, wohl nicht richtig sein. Was

Zu 1) die Fälschung von Privaturkunden betrifft, so gehört es, wie schon längst anerkannt ist, nicht zum

Thatbestand der Urkundenfälschung, daß die falsche Urkunde eine Nachahmung der Handschrift des Dritten enthalte, auf dessen Namen sie ausgestellt ist. Jahrbücher des Oberhofgerichts n. F. IX. S. 99 ff. Dagegen ist nach gemeinem Recht zum Thatbestand einer Urkundenfälschung allerdings nothwendig, daß die falschen Urkunden geeignet sind, für sich allein Rechte oder Verbindlichkeiten zu erzeugen und daß unmittelbar durch sie der betrügerische Zweck erreicht werden kann. Escher über Betrug und Fälschung S. 397. Dasselbe Princip lag auch dem Strafedikt §. 48 zu Grunde. Allein dieses Princip hat das Strafgesetzbuch verlassen. Aschbach sagt im Commissionsbericht zum Tit. XXXI. des Entwurfs S. 11. „Die Bestimmung dieses Paragraphen (§. 383 des Entwurfs, jetzt §. 423 St.G.B.) geht, was wohl zu merken ist, nicht blos auf die Fälschungen von Urkunden, welche als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen und geeignet sind, für sich allein eine Rechtsverletzung (Rechtsbeugung) zu bewirken, sondern auch auf die Fälschung öffentlicher Urkunden, die zur Beglaubigung anderer Vorspiegelungen gebraucht werden, ohne daß durch sie allein ein Betrug bewirkt werden könnte. Dieser Sinn folge aus der allgemeinen Fassung: „zum Zweck der Verübung eines Betruges;" ohne die Beschränkung auf unmittelbare Verübung, muß also auch die mittelbare darunter fallen. Es folgt ferner daraus, daß es heißt „insbesondere" zur Begründung oder Entkräftung von Rechtsansprüchen, weil sonst das Wort insbesondere fehlen müßte. Wer also zur Begehung eines Betruges, unter Vorzeigung eines falschen (sollte heißen gefälschten) Passes, eine falsche Persönlichkeit annimmt und dadurch auf Credit einen Handel abschließt, den er sonst nicht würde zu Stande gebracht haben, soll nicht als Betrüger, sondern nach §. 423 als Fälscher einer öffentlichen Urkunde gestraft werden, selbst wenn der Handel noch nicht zum Vollzug gekommen ist. Darin liegt eine Abweichung von unserem früheren Strafgesetze, welches in §. 48 des Strafedikts zum Thatbestande der Urkundenfälschung fordert, daß die Urkunde geeignet sei, unmittelbar daraus einen Geldvortheil zu gewinnen, und daß zu dem Zwecke dieser unmittelbaren Beziehung des Geldvortheils davon Gebrauch gemacht wurde. Der Richter wird jedoch in den meisten Fällen dieser Art, wo die Fälschung nur zur Glaubhaftmachung anderer Trugkünste geschah, auf mindere Strafgrade erkennen, als in jenen, welche durch sich selbst eine Entstehung oder Aufhebung von Rechten und Verbindlichkeiten bewirken."

Was hier von der Fälschung öffentlicher Urkunden gesagt ist, gilt selbstverständlich auch von der Fälschung von Privaturkunden, da im §. 430 auf §. 423 St.G.B. ausdrücklich verwiesen ist. Anbelangend sodann

Zu 2) die Frage, was unter Landstreicher im Sinne des §. 456 St G.B. zu verstehen sei? so kann und darf die Beantwortung dieser Frage nicht aus §. 639 St.G.B. allein geschöpft werden. Denn einmal ist sich in §. 476 nicht auf den §. 639 bezogen und zum Andern gibt es bei uns auch ein polizeilich strafbares Vergehen der Landstreicherei. Vrgl. §. 1 des Gesetzes vom 30. Juli 1840 Reg.Bl. Nr. 25 S. 219. Zudem ist in §. 456 nirgends gesagt, daß nur derjenige als Landstreicher anzusehen sei, welcher wegen Landstreicherei bereits gerichtlich oder polizeilich bestraft worden ist, sondern es spricht das Gesetz ganz allgemein von Landstreichern überhaupt. Offenbar hat der §. 456 nicht nur diejenigen im Auge, welche wegen Landstreicherei gerichtlich oder polizeilich schon bestraft worden sind, sondern auch diejenigen, welche wegen Landstreicherei gerichtlich oder polizeilich bestraft werden können, d. h. alle diejenigen, welche entweder gar kein ordentliches bürgerliches Heimwesen und Nahrungsgewerbe wirklich haben, sondern das Land durchstreichen, um unter allerhand Gestalten die Gelegenheiten ihrer verbotenen Handthierung auszukundschaften, oder Jene, welche zwar einen ordentlichen Wohnsitz haben, aber außer ihrem Wohnsitz ohne ordentlichen Erwerbszweig oder genügende Mittel ihres Unterhalts und ohne Nachweisung eines erlaubten Zweckes herumziehen. §. 79 des Strafedikts und §. 639 St.G.B. Hirfür spricht auch der Grund des Gesetzes. Nach dem Regierungsentwurf §. 415 sollte der Betrug in Vertragsverhältnissen unbedingt ohne alle Ausnahme nur auf Anzeige des Beschädigten untersucht und bestraft werden. Erst bei der Diskussion in der zweiten Kammer wurden in §. 456 die daselbst angeführten Ausnahmen aufgenommen. In der zweiten Kammer wurde hiefür vorgetragen: Der Grund, warum die gerichtliche Verfolgung des Betrugs in Vertragsverhältnissen in der Regel von der Anzeige des Beschädigten abhängig gemacht wird, ist der, weil die gerichtliche Einmischung ohne Aufforderung in vielen Lebensverhältnissen sehr störend wirkt und nicht selten dem Beschädigten mehr unan-

genehm als erwünscht ist. Gar oft will der Betrogene gewiß lieber den Schaden leiden, als die Art, wie er betrogen wurde, bekannt werden lassen. Bei Betrügereien, die bei Ausübung eines Gewerbes, oder in Banden oder von Landstreichern verübt werden, liegt es aber ganz vorzüglich im Interesse der Gesammtheit, daß dem gemeingefährlichen Verbrechen sogleich gesteuert werde. Hier muß sich das Interesse des Einzelnen dem allgemeinen Interesse unterordnen. Vergl. Verhandlungen der zweiten Kammer 1839/40. VII. Protokollheft S. 155 ff Dieser Grund schlägt nun an, gleichviel, ob der Betrug von solchen Landstreichern verübt worden ist, welche wegen Landstreicherei schon gerichtlich oder polizeilich bestraft worden oder von solchen, welche wegen Landstreicherei gerichtlich oder polizeilich bestraft werden könnten, indem von diesen wie von jenen das allgemeine Interesse in gleicher Weise gefährdet ist. Vergl. Magazin für badische Rechtspflege III. S. 191.

Haager.

II.

In Folge der bei uns bestehenden Landes- und Zwangsanstalt zur Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr dauert auch nach gänzlicher Zerstörung eines Hauses durch Feuer das Wohnungsrecht in demselben fort, wenn es mit der Brandentschädigung wieder aufgebaut worden ist.

Die ledige Franziska Huber erhob eine Klage gegen Peter Huber auf Anerkennung eines Wohnungsrechts in seinem Hause, wurde jedoch damit von dem Unterrichter abgewiesen, weil das mit jener Dienstbarkeit belastete Haus ganz abgebrannt war, und deßhalb der Unterrichter annahm, das Wohnungsrecht sei durch Untergang der belasteten Sache erloschen, und bei dem Wiederaufbau des Hauses auch nicht wieder aufgelebt.

Das mittelrheinische Hofgericht war anderer Ansicht, erkannte zuerst die verfagte Ladung und erließ schließlich ein Urtheil vom 25. Juni l. J. wodurch es dem Klagbegehren in der Art entsprach, daß der Beklagte für schuldig erklärt wurde, der Klägerin in seinem neu erbauten Hause das lebenslängliche Wohnungsrecht in einer Kammer von gleicher Beschaffenheit einzuräumen, wie die von ihr in dem abgebrannten Hause bewohnte war.

Entscheidungsgründe
zum hofgerichtlichen Urtheil vom 25. Juni 1858

Es ist unbestritten, daß die Michael Huber'schen Eheleute, die Eltern der Klägerin, ihrem Tochtermann Mathias Heitzmann das Wohnhaus übergeben und dabei für die jetzige Klägerin das lebenslängliche unentgeldliche Wohnungsrecht in der hinteren Kammer des Hauseigenthümers constituirt hatten, daß der jetzige Beklagte dieses Wohnhaus mit derselben Last erkauft und nachdem es später durch eine Feuersbrunst zerstört worden war, solches wieder aufgebaut hat.

Bei Entscheidung der Frage: ob nunmehr auch das Wohnungsrecht der Klägerin wieder aufgelebt sei? muß nun allerdings mit dem Unterrichter anerkannt werden, daß nach französischem, beziehungsweise nach dem Landrechte, dieses an und für sich betrachtet, die Frage zu verneinen wäre. Der Gegenstand des Wohnungsrechtes war untergegangen (L.R S. 625. 617) und der L.R.S. 704 spricht nur von den Grunddienstbarkeiten Anders gestaltet sich jedoch die Sache nach dem hierlands bestehenden Feuerversicherungsgesetze vom 29. März 1852. Im §. 1 dieses Gesetzes wird die schon nach dem früheren Brandkassegesetz bestehende Zwangspflicht zum Eintritte in die Versicherungsanstalt wiederholt anerkannt; der §. 26 verpflichtet den Eigenthümer des Gebäudes auch für den Fall von dessen Zerstörung zur Fortentrichtung seines Beitrages und läßt die frühere Versicherungssumme auf das neu zu erbauende Gebäude bis zur anderweitigen neuen Versicherung übergehen, im §. 53 wird die Brandentschädigungsforderung dem Arreste oder der Hilfsvollstreckung entzogen und den Gläubigern nur unter der Bedingung des Wiederaufbaues und zugleich mit der Baustelle als Vollstreckungsgegenstand bezeichnet, wobei ausdrücklich anerkannt ist, daß die Brandentschädigung den Werth des zerstörten Gebäudes vertrete und endlich wird der Abgebrannte im §. 54 zum baldigen Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes in so ferne genöthigt, als er mit Ablauf von 10 Jahren sonst die Brandentschädigung verliert. Aus diesem Allem folgt aber, daß, gleichwie die Brandentschädigungssumme das frühere Gebäude vertritt, so auch das mit der Brandentschädigungssumme neu hergestellte Gebäude lediglich

das abgebrannte Haus vertrete, so daß sich hienach in der That auch nicht sagen läßt, es sei das Wohnungsrecht, von welchem hier die Rede ist, nach L.R.S. 617 durch gänzlichen Untergang der Sache verloren gewesen, und ist deßwegen die hier strittige Frage zu Gunsten der Klägerin entschieden worden, wobei indessen die Rücksicht auf die mögliche und von dem Beklagten auch wirklich behauptete veränderte Beschaffenheit der Wohnungsräume Veranlassung geben mußte, dem Begehren der Klägerin nur dahin zu entsprechen, daß Beklagter ihr eine Kammer von gleicher Beschaffenheit, wie die frühere war, einräume.

Unerheblich sind die vom Beklagten der Klage entgegengehaltenen Einwendungen.

1) Wenn auch der Beklagte, dem §. 35 des erwähnten Gesetzes gemäß, nur 4/5tel des Versicherungsanschlages erhalten hat, aus welchem Umstande ihm zufolge L.R.S. 609 verhältnißmäßige Rechte gegen die Klägerin zustehen könnten, so vermag dies dem hier allein streitigen Wohnungsrechte derselben gegenüber die Entscheidung der Sache nicht zu ändern, es muß vielmehr dem Beklagten, welcher nicht etwa im Wege der Widerklage aufgetreten ist, überlassen werden, seinen Anspruch besonders zu verfolgen.

2) Der L.R.S. 635 spricht nur vom Beitrage des Wohnungsberechtigten zur baulichen Unterhaltung und zu den Steuern. Von beiden ist hier nicht die Rede und gilt im Uebrigen überhaupt dasjenige, was so eben zu 1) bemerkt worden ist. Wenn

3) die Klägerin uneheliche Kinder hat, so ist diese Thatsache nach L.R.S. 633 unerheblich und vermag endlich

4) eine durch den Beklagten bei dem großh. Bezirksamte Oberkirch vor begonnenem Neubaue eingeholte Belehrung über die Erlöschung des fraglichen Wohnungsrechtes dem Rechte der Klägerin ebensowenig Abbruch zu thun, als der Umstand, daß dieselbe bei dem den Beklagten betroffen habenden Brandunglücke sich durch Nichtbenachrichtigung desselben und blose Sorge für ihre eigene Habe lieblos gezeigt hatte.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten zufolge Pr.O. §. 168 ist, wie geschehen, erkannt worden.

X.

III.

Ueber den Thatbestand des Verbrechens der Befreiung eines Gefangenen, und insbesondere darüber, daß die bei dessen Verübung vorgekommenen Thätlichkeiten gegen die Gefangenwärter nicht das besondere Verbrechen der Widersetzlichkeit bilden, und daß überhaupt keine Concurrenz von Verbrechen vorliegt, wenn die verschiedenen Handlungen unter den Begriff eines und desselben Verbrechens fallen.

Entscheidungsgründe

zum Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 6. Februar l. J. J.U.S. gegen Harter.

Zufolge der von dem Angeschuldigten theils zugestandenen, theils nicht widersprochenen Aussagen des Johann Göring und Lorenz Rennwald kam der Angeschuldigte zwischen 12 und 1 Uhr in der Nacht vom 6. auf den 7. Dezember v. J. auf die Wachtstube zu Ortenberg, wo sich diese beiden Bürger als Wächter befanden, während die beiden andern Wächter in den Straßen patrouillirten.

In dem daneben befindlichen Bürgergefängniß war seit zwei Stunden des Angeschuldigten Bruder, Bartholomä Harter, auf Geheiß des Bürgermeisters eingesperrt, weil er sich gegen diesen ungebührlich betragen hatte. Der Bürgermeister hatte überdies den Wächtern eingeschärft, ohne seine Genehmigung den Insitzenden nicht zu entlassen.

Diesen Gefangenen wollte der Angeschuldigte befreien, indem er an der Thüre rüttelte und sodann von den Wächtern dessen Freilassung verlangte, jedoch, als er abgewiesen wurde, wieder fortging. Etwas später kam er zum zweiten Male auf die Wachtstube, bewaffnet mit einem langen gewichtigen Prügel, und versuchte damit den Kloben der Gefängnißthüre herauszusprengen, wobei er lärmend die Absicht, seinen Bruder zu befreien, aussprach, ließ sich jedoch durch gütliches Zureden bewegen, die Wachtstube abermals zu verlassen, wollte dann nochmals in dieselbe eindringen und schlug dabei mit seinem Prügel nach dem Wächter Johann Göring, der jedoch dem Streiche auswich, worauf er sich endlich lärmend entfernte.

Eine Viertelstunde später hörten beide Wächter an dem Fenstergitter des Gefängnisses arbeiten und sahen noch

2—3 Bursche, welche sie nicht erkannten, wegspringen, unter welchen sich der Angeschuldigte gleichfalls befunden haben dürfte.

Beschädigungen an dem Gitter oder der Thüre des Gefängnisses wurden nicht wahrgenommen.

Vor dem Wachthaus stieß der Angeschuldigte auch noch schwere Drohungen gegen die Wächter aus, wie Lorenz Rennwald, Michael Wernet und Leopold Beck bezeugen.

Daß derselbe durch Betrunkenheit zu diesem Vergehen verleitet wurde, ergibt sich aus den Aussagen der drei oben Genannten, des Ludwig Isenecker und des Eduard Schnetzer, sowie aus dem pfarramtlichen Leumundzeugniß.

Indessen kann hierin, da der Angeschuldigte noch gehen und sprechen konnte, kein Grund zur Ausschließung der Zurechnungsfähigkeit, wohl aber ein Strafmilderungsgrund (St.G.B. §. 152 Ziff. 2) gefunden werden.

Das dem Angeschuldigten zur Last fallende Vergehen erscheint als Versuch der Befreiung eines Gefangenen im Sinne von St.G.B. §. 634, weßhalb auch die von ihm gegen die Wächter verübten Gewaltthätigkeiten nicht das besondere Vergehen der Widersetzlichkeit, sondern nur einen Theil der in jener Gesetzesstelle bezeichneten Voraussetzungen bildet.

Bei der Strafausmessung war des Angeschuldigten guter Leumund sowie seine beschränkte Zurechnungsfähigkeit in Folge von Betrunkenheit zu dessen Gunsten, dagegen die beharrliche Fortsetzung und Wiederholung sowie der hohe Grad von Gewaltthätigkeit zu seinem Nachtheil zu berücksichtigen, und hiernach sowie gemäß St.G.B. § 114. 154. 637 in Vergleich mit St.G.B. §. 616 hielt man die erkannte Strafe von sechs Wochen Amtsgefängniß für angemessen.

A. d. Gr. rc.

Bemerkung des Einsenders.

Daß dem Angeschuldigten das Vergehen des Versuchs der Befreiung eines Gefangenen im Sinne von St G.B §. 634. 637 zur Last fällt, kann nicht zweifelhaft sein. Dagegen fragt es sich, ob er auch zugleich eine Widersetzlichkeit verübte? Alle Merkmale einer solchen finde ich allerdings und zwar wohl des schweren Falls des § 616 St.G.B. wegen des Prügelschlags, aber auch dies ist doch ein Theil des ersten Vergehens und wird von dem Gesetze in § 634 als besondere Art davon betrachtet Eine Concurrenz im Sinne von §. 635 liegt nicht vor, und den §. 182 halte ich nicht für anwendbar, eines Theils wegen des §. 635, andern Theils, weil hier nicht zwei Vergehen vorliegen, sondern die Widersetzlichkeit in der Befreiung nach Maßgabe von §. 634 aufgeht, mithin ebensowenig besonders gestraft werden kann, als die Körperverletzung, welche den Mordversuch bildet. Vergl. §. 180 St.G.B.

Freilich hat die hiernach sich ergebende Folgerung, daß die Widersetzlichkeit nicht besonders in Betracht kommt, die eigenthümliche Wirkung, daß der Angeschuldigte nur wegen Versuchs, also leichter gestraft werden muß, als wenn er sich nur eine Widersetzlichkeit hätte zu Schulden kommen lassen, die hier vollendet wäre und mindestens 4 Wochen Kreisgefängniß nach sich zöge.

Indessen kömmt hier nach §. 637 in Betracht, und man kann bei der Strafausmessung jenen Umstand berücksichtigen. X.

IV.

1) Recursfristen in Ehescheidungssachen.
2) Unerheblichkeit einer Wiederherstellungsbitte.

Annalen XXII. 368.

In Sachen der Ehefrau des Georg Hoch, Magdalene geb. Wehrle, gegen ihren Ehemann, Scheidung betr., wurde von großh. Oberhofgericht am 5. Juni d. J. auf den von dem Beklagten ergriffenen Recurs zu Recht erkannt:

> Es sei der von dem Beklagten gegen das Urtheil des großherzoglichen Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 30. Dezember v. J. anher ergriffene Recurs unter Verfällung des Recurenten in die dadurch veranlaßten Kosten als unzuläßig zu verwerfen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß nach §. 11 des II. Einführungs-Edikts das Verfahren in Ehestreitigkeiten das des Beschuldigungsprozesses in Untersuchungssachen sein soll, und daß hiernach für solche Streitigkeiten die nämlichen Recursförmlichkeiten gelten, wie in Untersuchungssachen;

in Erwägung, daß in Strafsachen die Recursfristen nach §. 10 des Gesetzes vom 3. August 1836 in 8 Tagen zur Anzeige des Recurses und in weiteren drei Wochen zur Ausführung desselben vom Tage der Eröffnung des Erkenntnisses an gerechnet bestehen, daß aber im vorliegenden

Fall der beklagte Ehemann, welchem das die Scheidung aussprechende Urtheil am 6. Febr. l. J. verkündet wurde, die Recursschrift erst am 10. März, also nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingereicht hat, daß er dies auch selbst anerkennt und darum um Wiederherstellung gegen den Ablauf der Frist bittet;

in Erwägung, daß aber nach §. 12 des angeführten Gesetzes vom 3. August 1837 eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei versäumten Fristen nur aus erheblichen und hinreichend bescheinigten Gründen stattfinden soll, während die vom Beklagten für seine Wiederherstellungsbitte vorgebrachten Gründe weder erheblich noch hinreichend bescheinigt sind;

in Erwägung nämlich, daß nach dem ärztlichen Zeugnisse, welches er selbst vorgelegt hat, seine Krankheit nur bis gegen den 6. Februar d. J. dauerte, und daß er an diesem Tage zur Verkündung des Urtheils in dem Amtssitze Waldkirch erschienen ist, daher er jedenfalls auch die zur Ausführung des Recurses weiter erforderlichen Schritte thun konnte, selbst wenn er sich, wie er jetzt behauptet, noch nicht vollkommen wohl gefühlt haben sollte;

in Erwägung, daß in dem über die Verkündung des Urtheils aufgenommenen Protokoll vom 6. Februar d. J. ausdrücklich angeführt ist, daß ihm die Recursfatalien erklärt worden seien, wodurch seine Angabe, es sei ihm hiebei nicht gesagt worden, in welcher Frist die Berufung auszuführen sei, vollständig widerlegt ist;

in Erwägung, daß hiernach auch seine weitere Behauptung, ein Rechtsgelehrter habe ihm gesagt, daß hier die gewöhnliche Appellationsausführungsfrist von 42 Tagen gelte, nicht zu beachten ist, abgesehen davon, daß er ein zulässiges Beweismittel hiefür nicht vorgeschlagen hat;

aus diesen Gründen rc. D. R.

V.

Bestandsache.

1) Der Güterpachter ist nicht, wie der Miether, nach Verhältniß der Pachtzeit, sondern nur nach Verhältniß des Genusses der Bestandsache zur Zahlung des Pachtgeldes verpflichtet.

2) Der L.R.S. 586 ist auf das Verhältniß zwischen Pächter und Verpächter nicht anwendbar.

Keidel gegen Ehelius.

Nach aufgelöstem Bestande erhob der abgetretene Pachter für Verwendungen, welche er angeblich auf die zum Pachtgute gehörigen Baulichkeiten gemacht hat, verschiedene Ersatzansprüche und forderte zugleich die dem Verpachter gestellte Caution zurück, worüber sich ein Rechtsstreit entspann, in welchem der Verpachter für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1846 einen Pachtzins von 1000 fl. an der Caution in Aufrechnung bringen wollte, wozu ihn auch die Urtheile der ersten und zweiten Instanz für befugt erklärten.

Das auf die Oberappellation des Klägers erfolgte Urtheil vom 18. Juni l. J. erkennt jedoch abändernd, daß der Beklagte nicht befugt sei, für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1846 einen Pachtzins von 1000 fl. an der vom Kläger geleisteten Caution in Aufrechnung zu bringen.

Die hierauf bezüglichen Entscheidungsgründe des obersten Gerichtshof lauten dahin:

„Bei dem Bestand über Feldgüter ist der Beständer nicht, wie beim Bestand über Häuser und Fahrniß zur Zahlung des Bestandgeldes nach Verhältniß der Zeit der Innehabung der Bestandsache, sondern nur in dem Verhältnisse verpflichtet, als er den Nutzen von derselben wirklich gezogen hat. Es folgt dies aus der rechtlichen Natur des Pachts, indem der Güterpächter nicht, wie der Miether, in der Lage ist, die Vortheile aus dem Bestandsobjecte Tag für Tag sich anzueignen, der Pachtzins aber die Vergütung für den Bezug dieser Vortheile sein soll.

Ist nun auch der Kläger, was er nicht bestreitet, erst am 31. März 1846 von dem Pachtgut abgezogen und hat er auch bis dahin einen Theil desselben, namentlich das dazu gehörige Wohngebäude und die sonstigen Räumlichkeiten benutzt, so hat er doch jedenfalls, wie dies die Natur der Sache mit sich bringt, von dem weitaus größten Theile des Pachtguts innerhalb der Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1846, gar keinen Nutzen gehabt, es kann daher der Beklagte von dem Kläger wohl eine Vergütung nach dem Maaß der Benützung des Pachtgegenstandes beanspruchen, als solche Vergütung aber nicht, wie dies geschehen ist, gerade den der Zeit der Innehabung entsprechenden Theil des stipulirten Pachtzinses begehren.

An diesem, der Billigkeit und dem L.R.S. 1774 sowie dem gemeinen Rechte entsprechenden Grundsatze kann es nichts ändern, daß die Zahlung des Pachtzinses in halbjährigen Raten bedungen war, so wenig als es erheblich wäre, wenn Vorauszahlung stattgefunden hätte, denn immerhin bleibt der Pachtschilling das Aequivalent für den vollen Genuß des Pachtjahres und da sich dieser

Genuß nicht gleichheitlich und verhältnißmäßig nach der Dauer des Pachtbesitzes auf die einzelnen Monate vertheilt, so kann auch das Aequivalent nicht nach diesem Maaßstab vertheilt werden. Der L.R.S. 586, wonach bürgerliche Früchte von Tag zu Tag erworben werden, findet nur Anwendung auf das Verhältniß Derer, die successive in den Genuß der Früchte treten, nicht aber auf das Verhältniß zwischen Verpächter und Pächter ꝛc. D. R.

VI.

1) Die Nothfristen der Appellation gegen ein schiedsrichterliches Urtheil beginnen von dessen Verkündung an und nicht von jener der Vollzugsreiferklärung.
2) Auslegung des Protokolls des Schiedsrichters über die Verkündung seines Urtheils und der dabei erfolgten Erklärung der Partei.

Entscheidungsgründe

zum Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 9. April 1858 in Sachen Schmitt gegen Eberle.

Der Appellant hat gegen den ihm am 25. August 1856 verkündeten Schiedsspruch vom 9. des nämlichen Monats erst am 23. September die Berufung (den Rekurs wie er sich ausdrückte) angemeldet, also nach den §§. 1141. 1144 und 1145 der Pr.O. verspätet.

Die Berufungsbeschwerdeschrift wurde innerhalb der vom 25. August 1856 an im Laufe befindlich gewesenen 42tägigen Nothfrist nicht eingereicht, sondern erst am 14. März 1858, also nach §. 1148 der Pr.O. ebenfalls verspätet.

Nach der Verkündung des schiedsrichterlichen Urtheils hat der Appellant zwar sofort erklärt, er unterwerfe sich diesem Urtheile nicht, allein in dieser unbestimmten Erklärung kann um so weniger eine Anzeige der Berufung gefunden werden, als die Berufung nicht das einzige zulässige Rechtsmittel gegen jenes Urtheil war, da unter Umständen nach §. 211 der Pr.O. auch eine Nichtigkeitsklage dagegen stattfindet, und als Eberle später dagegen wiederholt die Berufung anzeigte, ohne auf die fragliche Erklärung Bezug zu nehmen, die er demnach selbst nicht als eine Berufungsanzeige ansah, als welche sie auch nicht in dem mündlichen Vortrage geltend gemacht wurde.

Es wird zwar behauptet, es gehe aus dem schiedsrichterlichen Protokolle vom 25. August 1856 nicht hervor, daß der Schiedsspruch dem Appellanten wirklich verkündet worden sei, allein daß dieses geschehen, ergibt sich zur Genüge aus der oben angeführten Aeußerung des Appellanten, er unterwerfe sich dem Schiedsspruche nicht, woraus gefolgert werden muß, daß er von dem Inhalte desselben vollständig in Kenntniß gesetzt gewesen sei.

Die weitere Behauptung, daß die nach Eröffnung der Vollzugsreiferklärung des Schiedsspruchs am 19. Dezember 1857 von dem Appellanten bewirkte Anzeige der Berufung gegen den Schiedsspruch als rechtzeitig geschehen betrachtet werden müsse, weil der Schiedsspruch erst durch diese Vollzugsreiferklärung rechtliche Wirkung erlangt habe, ist unrichtig, denn die Vollzugsreiferklärung verleiht dem Schiedsspruche nur die Wirkung, daß er vollstreckt werden kann, bedingt aber dessen Rechtskraft keineswegs; sie ist nur eine richterliche Verfügung, die keiner der Parteien etwas zu oder abspricht. Die Berufungsnothfristen laufen daher von der Verkündung des Schiedsspruchs, als des Urtheils in der Sache, an.

Aus diesen Gründen wurde die Berufung als verspätet verworfen. X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 33.

I.

Fälschung und Diebstahl.

Johann Martin Hengstler von O. ersteigerte von der Gemeinde Heidenhofen einen im Gemeindswald befindlichen mit No. 317 bezeichneten Holzstamm für 33 kr. Er eignete sich jedoch vorsätzlich einen andern mit No. 307 bezeichneten von Anton Eisele für 1 fl. 30 kr. ersteigerten Stamm zu und veränderte zugleich die letzte Nummer in No. 317, dagegen die auf seinem eigenen von ihm zurückgelassenen Stamme befindliche Nummer in die No. 307.

Als diese Sache beim Hofgericht des Seekreises zur Berathung kam, so war man darin einig, daß in der Handlung des Angeschuldigten, insoferne er den mit No. 307 bezeichneten von Eisele ersteigerten Holzstamm sich zueignete, ein Diebstahl unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 Ziff. 6 St.G.B. liege. Allein darüber entstand eine Meinungsverschiedenheit, ob in der Handlung des Angeschuldigten, insofern er die auf jenem Stamme befindliche No. 307 in No. 317 und die auf dem von ihm ersteigerten Stamme befindliche No. 317 in die No. 307 veränderte und diesen Stamm statt des anderen Stammes im Walde zurückließ, die Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht enthalten sei oder nicht? Für die Verneinung dieser Frage wurde vorgetragen:

Der Angeschuldigte hat sich nämlich das Holz eigenmächtig zugeeignet, nicht aber den Beschädigten zur Ueberlassung desselben veranlaßt. Der Angeschuldigte allein hat hiebei gehandelt und durch seine Handlung allein ist Anton Eisele beschädigt worden; nicht aber hat Eisele durch betrügerische Handlungen des Angeschuldigten verleitet, die ihn beschädigende Handlung oder Unterlassung selbst vorgenommen. Die Fälschung, welche der Angeschuldigte durch Veränderung der mit Nummern geschehenen Bezeichnung der Holzstämme vornahm, vollführte er nicht zum Zwecke der Verübung eines Betrugs, sondern zur Verdeckung des begangenen Diebstahls; er wollte durch die Fälschung nur ein gegen ihn sprechendes Beweismittel vertilgen oder beseitigen und die Besitzergreifung des Holzes geschah selbstständig und unabhängig von der Fälschung, gleichgültig ob er diese Fälschung vor oder erst nach der Zueignung des Holzes vorgenommen hat.

Hiergegen wurde geltend gemacht:

Die Fälschung, welche der Angeschuldigte durch Veränderung der Bezeichnung der Holzstämme vornahm, geschah nicht zu dem Zwecke, um hiedurch ein gegen ihn sprechendes Beweismittel zu vertilgen oder zu beseitigen, sondern sie geschah offenbar zu dem Zwecke, um eines Theils den Eigenthümer des werthvolleren Holzstammes zu täuschen und zu einer Unterlassung zu verleiten, d. h. zu veranlassen, daß Anton Eisele mit dem zurückgelassenen weniger werthvollen Stamm sich begnüge und anderen Theils den entwendeten werthvolleren Stamm sich zu sichern, also sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen. Wäre es die Absicht des Angeschuldigten gewesen, blos ein gegen ihn sprechendes Beweismittel zu vertilgen oder zu beseitigen, so würde er nur die auf dem von ihm ersteigerten zurückgelassenen Stamme befindliche Nummer, nicht aber auch die Nummer auf dem entwendeten Stamme verändert haben. Es sind somit hier die Voraussetzungen des §. 423 St.G.B. vorhanden. Denn beide Holzstämme wurden von dem Waldhüter oder vielmehr aus dessen Auftrag von seinem Sohne in Uebereinstimmung mit dem Steigerungsprotokoll mit der betreffenden Nummer versehen. Eine solche Bezeichnung erscheint aber ebensogut als eine öffentliche Urkunde wie die Bezeichnung mit dem Waldhammer. Vergl. Annalen XXII. S. 401 ff. Und der Angeschuldigte hat dadurch von der falschen Urkunde

Gebrauch gemacht, daß er den geringeren Holzstamm mit der veränderten Nummer zur beliebigen Abfuhr durch den Eigenthümer des besseren Holzstammes liegen ließ. Es concurrirt also hier ein Diebstahl und die Fälschung einer öffentlichen Urkunde aus Gewinnsucht. §. 170 St.G.B. Deßhalb ist das Hofgericht zur Aburtheilung zuständig, da der Strafmilderungsgrund des §. 429 St.G.B. vorliegt. Annalen XIX. S. 305. Vom Hofgericht des Seekreises wurde jedoch verfügt:

Es sei wegen Mangels des Thatbestandes einer gerichtlich strafbaren Fälschung kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden und dem Amtsgerichte D. die Erledigung der Untersuchung wegen Diebstahls zu überlassen.

Hiegegen ergriff die Staatsbehörde das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, welches aber vom großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 26. Juni d. J. als unbegründet verworfen wurde.

Gründe.

Diese Beschwerde des großh. Staatsanwalts kann nicht als begründet erkannt werden.

Hengstler hat sich nach der gegen ihn gerichteten Anschuldigung allerdings eine doppelte widerrechtliche Thätigkeit zur Last fallen lassen, eine eigenmächtige und eigennützige Zueignung eines fremden werthvolleren Holzstammes gegen Rücklassung seines eigenen geringeren Stammes nämlich, sodann eine Aenderung der auf den beiden Stämmen befindlichen Unterscheidungszeichen und damit allerdings eine Fälschung im allgemeinen Wortverstande. Allein gerade in der Trennung der Handlungen des Angeschuldigten liegt der Grund dafür, daß die von ihm vorgenommene Fälschung nicht als eine solche im criminalrechtlichen Sinne, nicht als das Verbrechen der Fälschung erachtet werden kann.

Um als letzteres Verbrechen gelten zu können, hätte die Aenderung der Zeichen sich durch Aneignung des Holzes verhalten müssen wie das Mittel zum Zwecke, es hätte jene arglistige Entstellung der Wahrheit in der gewinnsüchtigen Absicht und mit dem Erfolge unternommen worden sein müssen, den Eigenthümer des werthvolleren Stammes zu dem Glauben, daß der Stamm des Angeschuldigten der von ihm ersteigerte sei, und in Folge dessen zur Zurücklassung des andern, ihm wirklich zugehörigen Stammes zu vermögen, wodurch es dem Angeschuldigten erst ermöglicht worden wäre, sich selbst den fremden Stamm anzueignen. So verhielt sich jedoch die Sache nach der Anschuldigung nicht, es wurde vielmehr die Aneignung des Holzes durch den Angeschuldigten selbst ohne vorhergegangene Täuschung und Thätigkeit des Eigenthümers vollendet und die von dem Erstern unternommene Aenderung der Zeichen erfolgte offenbar zu dem Zwecke, die von ihm vollzogene Vertauschung der Stämme dem Eigenthümer des Stammes Nr. 307 zu verbergen, ihn damit zu verhindern, dem Urheber der Vertauschung nachzuspüren und somit das Ergebniß der Handlung des Letztern zu sichern.

Die dem Anton Eisele zugefügte Rechtsverletzung, die ihm zugegangene Vermögensbeschädigung hat somit nicht in der Täuschungshandlung des Angeschuldigten ihren Grund, sondern allein nur in dessen — davon unabhängigen — Handlung, wodurch er sich den Holzstamm desselben zueignete; nur die letztere Handlung fällt sonach unter den strafrechtlichen Gesichtspunkt, während die erstgedachte Handlung, jedes ursächlichen Zusammenhangs mit der Beschädigung des Eigenthümers entbehrend, die vom Gesetze für die Annahme einer strafbaren Fälschung festgesetzten rechtlichen Voraussetzungen nicht darbietet. §§. 423, 450, St.G.B.

Mit allem Grund hat hiernach das großh. Hofgericht das Vorhandensein einer gerichtlich strafbaren Fälschung verneint und es erscheint deßhalb die vom großh. Staatsanwalt erhobene Beschwerde als unbegründet.

Har.

II.

Was gehört zum Begriffe des Verbrechens der falschen Beschuldigung?

Entscheidungsgründe

zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts v. 19. December 1857. J. U.S. gegen Wüllen.

Nach der beschworenen Aussage des großh. Forstmeisters Roth in Kork, in Verbindung mit den Angaben des Angeklagten, machte dieser bei jenem die Anzeige, daß Waldhüter Baas ihm statt zwei Arbeitstagen drei aufgeschrieben habe, und daß er von dem hiefür erhaltenen

Lohne mit 1 fl. 48 kr. dem Baas habe 36 kr. geben müssen, und daß Baas auch andern Arbeitern mehr aufgeschrieben habe und das Mehr für sich behalten, so dem Andr. Walter ledig, dem Sohne des Mich. Walter 6', der nur 11 Tage gearbeitet, während er mit 12 Tagen in den Listen stehe.

Die hier in Frage stehenden Arbeiten wurden unter Aufsicht des Waldhüters Baas in den Willstetter Domänenwaldungen durch die oben genannten und andere Taglöhner verrichtet.

Der Angeklagte machte, wie er selbst sagt, seine Anzeige bei der großh. Bezirksforstei Kork, der dem Waldhüter Baas vorgesetzten Dienstbehörde, um gegen Baas eine Untersuchung zu veranlassen; er theilte die Thatsachen jener Anzeige auch andern Personen, theils privatim theils in Wirthshäusern mit.

Hierauf gründet Waldhüter Baas die vorliegende Anklage wegen falscher Beschuldigung gegen den Angeklagten, indem er die obige Anzeige für durchaus wahrheitswidrig erklärt.

Der Angeklagte konnte auch für seine Beschuldigungen gegen den Ankläger keinen Beweis erbringen, da seine Behauptung, er habe einen Taglohn zu viel erhalten, und diesen dem Ankläger geben müssen, keine Unterstützung fand, und seine weitere Behauptung, Andreas Walter, Mich. Walter's 6. Sohn, habe ebenfalls einen Taglohn mehr, als er verdient, erhalten und diesen dem Ankläger ausfolgen müssen, sich nicht bewahrheitete; Andr. Walter erhielt zwar einen Taglohn mehr, als ihm gebührte, auf Grund der Aufzeichnung des Anklägers ausbezahlt, allein er gab dem Ankläger aus freien Stücken diesen Taglohn, weil er die Behauptung desselben, er habe für ihn an jenem Tage gearbeitet, für richtig ansah.

Diese Behauptung scheint auch gegründet zu sein, da der großh. Forstmeister Roth bezeugt, daß die aufgeschriebenen Arbeitstage mit den vollführten Arbeiten im Verhältnisse gestanden seien, und da, wie Andreas Walter bestätigt, bei den Pflanzungen immer zwei miteinander arbeiten mußten, für den fehlenden Andreas Walter, Mich. Walters des 6ten Sohn, daher wie andere Personen einzutreten hatte, wenn der Mitarbeiter Jenes, der aller Wahrscheinlichkeit nach der Angeklagte war, nicht entlassen werden sollte. Der Angeklagte wurde aber damals nicht entlassen.

Wenn nun auch Waldhüter Baas hiedurch ordnungswidrig gehandelt hat, so hat er sich doch keines Betrugs schuldig gemacht, dessen ihn der Angeklagte beschuldigt hat.

Die von dem Angeklagten gegen den Ankläger vorgebrachte Beschuldigung des Betrugs, eines bürgerlich strafbaren Verbrechens, die sich zudem auf weitere Fälle, als die, welche er thatsächlich zu begründen suchte, ausdehnt, stellt sich hiernach als eine falsche dar, und wenn auch nicht angenommen werden kann, daß sie wissentlich falsch geschehen sei, so konnte der Angeklagte doch in keiner Weise glaubhaft machen, daß er seine Beschuldigung für wahr gehalten habe; hiergegen spricht vielmehr der Umstand, daß er einige Monate später den Accisor Walter fragte, ob er nicht einen Taglohn zu viel erhalten habe, und die Wahrscheinlichkeit, daß er von Andreas Walter, Michael Walter's 6tem Sohn, erfahren hatte, wie es sich mit dem Zuvielempfange dieses an Taglohn verhalte.

Dem Angeklagten liegt hiernach eine falsche Beschuldigung des Anklägers im Sinne des §. 289 des St.G.B. zur Last.

Oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe

zum Urtheil v. 31. März 1858.

Wenn es auch nicht der Angeschuldigte selbst, vielmehr dessen Bruder war, welcher der großh. Bezirksforstei die Anzeige machte, daß der Ankläger einen Betrug der Forstkasse gegenüber verübt habe, so läßt sich doch nicht bezweifeln, daß der Angeklagte, der kurz vorher dieselbe Mittheilung behufs der Einleitung einer Untersuchung einem Gendarmen gemacht hatte, und von diesem an die großh. Bezirksforstei gewiesen worden war, seinen Bruder mit der Anzeige bei dieser Behörde beauftragt hatte, daß also die Beschuldigung mittelbar von ihm ausging.

Da es nun zum Thatbestand einer falschen Beschuldigung nicht erforderlich ist, daß die Anzeige unmittelbar durch den Beschuldiger geschehe, wie schon daraus hervorgeht, daß das Verbrechen sogar durch heimliche Veranstaltungen (§. 285 des St.G.) verübt werden kann, so ist der Umstand, daß der Angeklagte die Anzeige gegen den Ankläger nicht selbst, sondern durch Vermittlung seines Bruders machte, nicht geeignet, den Thatbestand der falschen Beschuldigung auszuschließen.

Ebensowenig vermag dieses der Umstand, daß die Anzeige nicht bei Gericht geschah, indem der §. 284 des St.G. eine Anzeige bei der Obrigkeit erfordert, als solche aber auch die vorgesetzte Dienstbehörde des Angezeigten

anzusehen ist, welche gegen ihn entweder selbst einzuschreiten, oder ein gerichtliches Einschreiten zu veranlassen hat.

Daß die gegen den Ankläger erhobene Beschuldigung eine falsche war, muß deßhalb angenommen werden, weil dem Ankläger die Vermuthung der Redlichkeit zur Seite steht, und die Wahrheit der Beschuldigung vom Angeklagten nicht entfernt bewiesen werden konnte.

Da derselbe auch nicht glaubhaft machen konnte, daß er seine Beschuldigung für wahr gehalten habe, so ist er keinenfalls beschwert, wenn er durch das hofgerichtliche Urtheil des im §. 289 des St.G. bedrohten Verbrechens für schuldig erklärt wurde. X.

III.

Wenn eine vom Gesetze verbotene Uebereinkunft in die Form eines erlaubten Vertrages gekleidet wird, so kann sie als nichtig angefochten werden.

v. Belli gegen Stein.

Entscheidungsgründe
zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 8. Mai 1858.

Die im Sinne des L.R.S. 499 schon vor ihrer zweiten Verehelichung halbentmündigte Klägerin, welche mit Klage vom 26. Mai 1856 gegen ihren jetzigen Ehemann am 12. Oktober 1857 ein Urtheil auf Vermögensabsonderung erwirkt hat, stellte während dieses Prozesses am 21. Mai 1857 dem Beklagten eine von Georg Vollmer als klägerischer Rechtsbeistand beglaubigte Urkunde aus, wornach sie dem Beklagten sechs silberne Löffel und sechs silberne Gabeln um den sofort bezahlten Preis von 60 fl. verkaufte, wogegen ihr der Kläger das Rückkaufsrecht binnen einer Frist von 4 Monaten zusicherte, innerhalb welcher sie gegen Rückzahlung der 60 fl. sammt Zins vom Kauftage an die Rückgabe des fraglichen Silbers solle verlangen können.

Die Klägerin erhob nun mit ehemännlicher Ermächtigung am 9./10., beziehungsweise 28./30 Dezbr. v. J. eine Klage auf Rückgabe dieses Silbers gegen Rückzahlung der empfangenen 60 fl. sammt Zins und erscheint durch das unterrichterliche Urtheil, welches den Ausgang des Prozesses von einem dem Beklagten zuerkannten Eid über die kläger'scher Seits behauptete nachträgliche Abänderung der Rückkaufsfrist auf 6 bis 8 Monate abhängig gemacht hat, allerdings beschwert.

Denn die Klägerin bezeichnete mit Recht das in fraglicher Urkunde enthaltene Rechtsgeschäft als Aufnahme eines Darlehens gegen Bestellung eines Faustpfands für den Gläubiger, der sich ausdrücklich die verzinsliche Rückzahlung des Geldes für den Fall der Rückgabe des Silbers bedungen hat; wie sie denn auch geltend machte, daß sich derselbe das Faustpfand um den halben Werth zu eigen zu machen suche.

Wenn nun auch im Allgemeinen die Partieen die Vertragsform für ihre Rechtsgeschäfte beliebig wählen können, so dürfen sie dabei doch nach L.R.S. 1131. 1134 weder verbietende noch gebietende Gesetze umgehen. Abgesehen also davon, ob die Klägerin nach L.R.S. 499. 1445 und 1449 schon während des Vermögensabsonderungsstreites das fragliche Silber ohne ehemännliche Ermächtigung, beziehungsweise Mitwirkung ihres Rechtsbeistandes giltig veräußern durfte, so war sie nach L.R.S. 499 und 506 jedenfalls nicht befugt, ohne Mitwirkung ihres zugleich als ihr Rechtsbeistand erscheinenden Ehemannes ein Darleben aufzunehmen, auch wenn sie es unter der Form eines Verkaufs verschleierte. Auch genügte hiebei die Mitwirkung des G. Vollmer nicht, der ausweislich der angerufenen Aktenstücke nur in ihrem Vermögensabsonderungsstreite als Rechtsbeistand mitzuwirken hatte.

Die Klägerin, zu deren Schutz gerade der L.R.S. 499 gegeben ist, darf deßhalb dies Darlehen als nichtig anfechten, wenn sie auch nicht geltend machte, daß die fragliche Urkunde den Erfordernissen des L.R.S. 1325 nicht genüge.

Ebenso durfte die Klägerin das fragliche Rechtsgeschäft nach L.R.S. 2078 anfechten, weil der Beklagte nicht durch die gewählte Verschleierung des Faustpfandvertrags das Verbot umgehen durfte, sich die Faustpfänder zu eigen zu machen. Vielmehr gibt ihm der Faustpfandvertrag, sofern er formell giltig und vollzogen ist, nur das Recht, entweder sich die Faustpfänder um einen durch Sachverständige festzusetzenden Preis gerichtlich zuschlagen zu lassen, oder aus dem — durch deren öffentliche Versteigerung erzielten — Preise vorzügliche Befriedigung zu verlangen.

Daher kommt es gar nicht darauf an, ob und welchen Gewinn er etwa durch verbotene Aneignung des Faustpfandes machen würde; und ebensowenig darauf, ob die

Klägerin innerhalb der ihr gesetzten Rückkaufsfrist dasselbe wieder einlösen wollte.

Vielmehr mußte, da sich die Klägerin zur Rückzahlung des Geldes erboten hat (ohne die Vorschrift des L.R.S. 1312 zu ihren Gunsten geltend zu machen), aus obigen Gründen abändernd erkannt werden, daß der Beklagte schuldig sei, der Klägerin die fraglichen Silbergeräthschaften Zug um Zug gegen Zurückerstattung des Darleihens von 60 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 21. Mai 1857 an zurückzugeben. X.

IV.

Anzeige beim Verbrechen der Nothzucht.

Annalen XXII. S. 177 ff.

Von der Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises wurde Johann K. von D. durch Erkenntniß vom 29. Mai d. J. wegen Nothzucht an das Schwurgericht verwiesen. Hiegegen ergriff er das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, welches jedoch von großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 13. Juli d. J. als unbegründet verworfen wurde aus folgenden Gründen:

Johann K. hat seine Beschwerde gegen das Verweisungserkenntniß dahin ausgeführt, das Pfarramt habe die Untersuchung gegen ihn auf Anzeige der Pflegeltern der Waldburga E h i n g beantragt und diese Pflegeltern seien lediglich von ihm feindselig gesinnten Leuten dazu aufgestiftet worden. Das Mädchen selbst sei noch längere Zeit bei ihm in Dienst gestanden und wäre auch darin geblieben, wenn es nicht von seinem Bruder geschlagen worden wäre. Hiedurch sei dasselbe zum Austritt aus seinem Dienste und durch feindselige Leute aufgereizt zur Erhebung dieser ungegründeten Anklage veranlaßt worden. Faßt man nun auch diese Ausführung in dem Sinne auf, daß die Untersuchung gegen den Angeschuldigten ohne die nach §. 338 St.G.B. hier erforderliche A n z e i g e der Betheiligten eingeleitet worden sei, und muß demnach in Gemäßheit der Schlußbestimmung des §. 82 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 das eingelegte Rechtsmittel als zulässig erachtet werden, so erscheint doch die Beschwerde jedenfalls unbegründet.

Allerdings hatte das Pfarramt die erste Anzeige von dem Verbrechen, dessen Johann K. angeschuldigt ist, bei Gericht gemacht und am Schlusse seiner Anzeige die Bemerkung beigefügt, das dadurch gegebene A e r g e r n i ß s e i a l l g e m e i n e m p ö r e n d. Da nun in Fällen, wo öffentliches Aergerniß durch Verbrechen der hier in Frage stehenden Art erregt worden ist, nach §. 338 des St.G.B. die Einleitung der Untersuchung auch ohne Anzeige der Betheiligten zu geschehen hat, so war der Untersuchungsrichter durch die Schlußbemerkung des Pfarramts wohl veranlaßt, zur näheren Ermittelung des Thatbestandes die Beschädigte vorzuladen. Bei ihrer ersten Einvernahme erklärte dieselbe aber ausdrücklich, daß sie gerichtliche Untersuchung beantrage. Hiedurch sprach sie unzweideutig ihren Willen aus, daß der Thäter bestraft werden solle, und etwas weiteres ist zur Anzeige behufs der Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung nicht erforderlich. Daß sie den besagten Antrag etwa nicht von freien Stücken gestellt hätte, wird von dem Angeschuldigten selbst nicht behauptet und seine Beschwerde stellt sich daher als grundlos dar.

Hgr.

V.

1) Ueber den Begriff von Erbschaftsgläubiger im Sinne von Pr.O. §. 16 Z. 3.
2) Für Klagen von Badnern gegen Würtemberger sind nicht die in der Prozeßordnung enthaltenen Vorschriften über den Gerichtsstand, sondern die deßfallsigen Vorschriften des Staatsvertrags zwischen Baden und Würtemberg vom 30. Dezember 1825 maßgebend.

Die in Baden wohnende Klägerin verlangte mit einer bei dem großh. Amtsgerichte Wolfach gegen den in Würtemberg wohnenden Beklagten eingereichten Arrestklage die Anlegung des Beschlages auf gewisse im Gerichtsbezirke dieses Amtsgerichts ausstehende Forderungen im Betrage von 657 fl. 18 kr., welche zu der, dem Beklagten anerfallenen Verlassenschaft der Wittwe F l e i g von Schiltach gehören, indem sie behauptet, daß solche von der Verlassenschaft des † Ehemannes der Klägerin herrühren, und ihr daran die Nutznießung zustehe.

Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Wolfach wurde auf §. 16 Z. 1 §. 646 Z. 3 Pr.O. gestützt.

Das Amtsgericht wies die Klage als hier nicht stattfindend ab, weil der Anspruch auf Nutznießung nicht die Stellung als Erbschaftsgläubigerin gebe, und für die Anwendbarkeit von §. 646 Z. 3 Pr.O. nichts vorliege; und die Appellationsbeschwerde auf Grund unserer Pr.O. zu widerlegen suchte.

Das mittelrheinische Hofgericht erkannte auch mit Urtheil vom 15. Mai l. J. in Sachen Steger gegen Kienzler die versagte Ladung aus folgenden

Gründen:

In Erwägung, daß auch gemäß Pr.O. §. 645 und §. 16 Z. 3 die erhobene Arrestklage bei dem großh. Amtsgericht Wolfach stattfinden würde, weil die Hauptforderung, welche durch den Arrest gesichert werden soll, in einem schon früher entstandenen Nutznießungsanspruch an gewisse Theile der im Bezirke des genannten Gerichts eröffneten Verlassenschaft der Friedericke Feig geb. Holzmann besteht, mithin die Klägerin allerdings Erbschaftsgläubigerin ist;

in Erwägung übrigens, daß zufolge Pr.O. §. 46 hier die Bestimmungen der Prozeßordnung über den Gerichtsstand keine Anwendung finden, weil der Beklagte Würtemberger ist, und mit dem Königreiche Würtemberg ein Staatsvertrag besteht, welcher über den Gerichtsstand umfassende Vorschriften enthält;

in Erwägung, daß Art. 14 dieses Staatsvertrages (Reg.Bl. 1825 No. 32) den Gerichtsstand des Arrestes ganz allgemein anerkennt, und derselbe sofort nach der bei Abschluß des Staatsvertrages geltenden Lehre des gemeinen Prozeßrechts hier wohl begründet erscheint, weil die mit Arrest zu belegende Forderungen im Bezirke des großh. Amtsgerichts Wolfach ausstehen; (Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, §. 349 vor und in Note 6);

aus diesen Gründen und wegen der Kosten gemäß Pr.O. §. 167. 168 wurde, wie geschehen, erkannt.

X.

VI.

Harte Mißhandlung als Ehescheidungsursache.

Huber gegen Huber.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 30 Januar l. J. wurde die von der Huber'schen Ehefrau, Martha geb. Zeier, auf den Grund harter Mißhandlung nachgesuchte Ehescheidung ausgesprochen und dieses Urtheil auf den vom Beklagten dagegen eingelegten Recurs am 25. Juni l. J. von großh. Oberhofgerichte bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die in der Klage angeführte Körperverletzung, deren sich der Rekurrent am 22. Dezember gegen seine Ehefrau schuldig gemacht hat, bildet den nach L.R.S. 231 gesetzlich statthaften Scheidungsgrund der harten Mißhandlung. Die That ist nach den Ergebnissen der darüber gepflogenen Untersuchung und zufolge des in der Hauptsache oberstrichterlich bestätigten Straferkenntnisses des großh. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 17. Mai 1856, wodurch der Rekurrent der an seiner Ehefrau verübten Körperverletzung schuldig erklärt und deshalb zu einer Amtsgefängnißstrafe von sechs Wochen verurtheilt wurde, in vollständige Gewißheit gesetzt. Daß die Mißhandlung eine harte war, geht nicht nur aus der Beschaffenheit der That, und deren Folgen, nemlich einer beiläufig 10 Tage andauernden Krankheit und Arbeitsunfähigkeit, sondern auch aus der in den Gründen zum oberhofgerichtlichen Urtheil ausgesprochenen Betrachtung hervor, daß die That des Rekurrenten ohne alle gerechte Veranlassung auf eine sehr rohe und empfindliche Weise gegen seine an Jahren schon vorgerückte Ehefrau, also mit Verletzung besonderer Rücksichten und Pflichten, ausgeführt worden ist. Der Rekurrent kann demnach diesen Scheidungsgrund nicht durch die Behauptung entkräften, daß ihm seine Frau gegründete Veranlassung zur Mißhandlung gegeben habe ꝛc.

D. R.

VII.

Erfordernisse einer Ehrenkränkungsklage.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Urtheil vom 22. Juni d. J. das hofgerichtliche Straferkenntniß, welches den Johann Biedermann der Ehrenkränkung seines Vaters mittelst körperlicher Mißhandlung für schuldig er-

klärte und in eine Kreisgefängnißstrafe verfällte, als nichtig aufgehoben.

Gründe.

Xaver Biedermann, der Vater des Rekurrenten, hat zwar beim Bürgermeister am Tage nach dem fraglichen Vorfall (wo sein Sohn ihn zu Boden riß, ihm mit einem Seile den Hals zuschnüren wollte, mit dem Sacktuch den Mund zustopfte und ihm das Taschenmesser mit der Erklärung vor das Gesicht hielt, daß sein Leben nun in seiner Hand sei) um Ergreifung strengerer Maaßregeln gegen seinen Sohn, den Rekurrenten gebeten, weil er sonst seines Lebens nicht mehr sicher sei, und nachdem von Amtswegen die Untersuchung eingeleitet war, vor Gericht den Vorgang mit dem Anfügen angegeben, sein Sohn habe ihn wahrscheinlich ermorden wollen und er verlange, daß die Sache untersucht und sein Sohn wegen dieses Vergehens bestraft werde. Allein eine Anklage wegen Ehrenkränkung mittelst körperlicher Mißhandlung wurde nicht erhoben, kein Versöhnungsversuch vorgenommen (§. 33 des Gesetzes vom 5. Februar 1851), und keine Form des Anklageverfahrens beobachtet, sondern von Amtswegen das gewöhnliche Untersuchungsverfahren eingeleitet, Verhaft erkannt, der Verhaftete wegen Mordversuchs in Anschuldigung versetzt und von der Anklagekammer ein Ausspruch hierüber gethan (nämlich verfügt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung wegen Mordversuchs vorhanden sei). Die Verbindlichkeiten und Gefahren eines Anklägers hat Xaver Biedermann nirgends übernommen; es fehlt daher dem angefochtenen hofgerichtlichen Urtheil, wodurch Johann Biedermann der Ehrenkränkung seines Vaters mittelst körperlichen Mißhandlung desselben für schuldig erklärt wurde, an einer wesentlichen Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit, nämlich an der Anklage, §. 303. 315 St.G.B., und dasselbe mußte aus diesem Grunde aufgehoben werden.

Hgr.

VIII.

Wenn ein im ersten Grade Mundtodter Rechtsgeschäfte eingeht, welche er ohne Beiwirkung seines Beistandes abschließen konnte, so kann gleichwohl wegen der hiedurch übernommenen Verbindlichkeiten im Vollstreckungswege auf Kapitalien und Liegenschaften des Mundtodten während seines Lebens nicht gegriffen werden. L.R.S. 513.

In Sachen des Georg Maier gegen Dominik Ruf unter Pflegschaft des Augustin Geggis, Forderung betreffend, wurde vom Hofgericht des Seekreises das unterrichterliche Urtheil, welches den Kläger mit seiner Klage abwies, dahin abgeändert, daß der Beklagte schuldig sei, dem Kläger die eingeklagten 63 fl 10 kr. bei Zwangsvermeidung zu bezahlen, wobei jedoch der Zugriff auf Kapitalien und Liegenschaften des Dominik Ruf während des Lebens desselben nicht stattfindet.

Gründe.

Die eingeklagte Schuld rührt aus einem Rechtsgeschäfte her, welches Dominik Ruf ungeachtet dessen, daß er im ersten Grade mundtodt ist, ohne Beiwirkung seines Beistandes rechtsgültig abschließen konnte. Die Klage war zwar ursprünglich gegen den Beistand allein dahin gerichtet, daß dieser, aus dem Vermögen des Dominik Ruf die eingeklagte Schuld bezahle, und dieses war unstatthaft, weil der Beistand den Verbeiständeten nicht zu vertreten, sondern ihm nur beizustehen hat; allein noch vor abgegebener Vernehmlassung wurde klägerischer Seits erklärt, daß die Klage auch gegen Dominik Ruf gerichtet werde, der Letztere hat in der Appellationsinstanz die eingeklagte Forderung anerkannt und sich mit dem Klagbegehren einverstanden erklärt, und auch der Beistand hat den thatsächlichen Grund der Klage zugestanden, ohne Einreden gegen die Richtigkeit der eingeklagten Forderung vorzutragen und ohne zu behaupten, daß das Rechtsgeschäft, welches derselben nach Inhalt der Klage zu Grunde liegt, nur simulirt sei, um etwa die Aufnahme eines Anlehens zu verschleiern.

Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, die Klage geradezu abzuweisen, wie der Unterrichter es gethan hat.

Dagegen kann in Bezug auf die Vollstreckung des vom Kläger erbetenen Urtheiles nicht unbeschränkt nach dem Klagbegehren erkannt werden; nachdem dem im ersten Grade Mundtodten unbedingt verboten ist, ohne Beiwirkung seines Beistandes ablösliche Kapitalien zu erheben und Güter zu veräußern oder zu verpfänden, kann auch, wenn anders das Gesetz seinen Zweck erreichen und nicht jedem illusorischen Zuwiderhandeln preisgegeben sein soll,

nicht gestattet werden, daß solche Erhebung von Kapitalien und Veräußerung oder Verpfändung von Liegenschaften ohne Mitwirkung des Beistandes auf indirectem Wege dadurch geschehe, daß in Folge von Rechtsgeschäften, welche der Mundtodte ohne Beistand eingehen konnte, und eingegangen hat, und wegen der hiedurch übernommenen Verbindlichkeiten im Vollstreckungswege auf die Kapitalien und Liegenschaften gegriffen werde. Demolombe VIII. 730. 731.

Es kann deßhalb dem Klagbegehren nur mit der Beschränkung stattgegeben werden, daß ein Zugriff auf Kapitalien und Liegenschaften des Dominik Ruf nicht stattfinde, und zwar so lange derselbe am Leben ist; denn daß nach dessen Tode dem Kläger ein Zugriffsrecht auf alle alsdann noch vorhandenen Vermögenstheile des Dominik Ruf gestattet werde, hat der Beistand desselben in der Appellationsvernehmlassung selbst eingeräumt. Hge.

IX.

Durch das Gesetz vom 21. Februar 1851 über die Ernährung unehelicher Kinder ist die Eideszuschiebung nicht nur bezüglich des Beischlafes, sondern auch bezüglich der für diesen behaupteten Vermuthungen verboten.

Auszug
aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 8. Mai 1858.

Beathalter gegen Himmelsbach.

ꝛc.

Demnach kömmt es nur noch auf die Frage an, ob die Eideszuschiebung über die allerdings bedeutende Behauptung, daß der Beklagte am 24 Dezember 1856 der Beiklägerin für ihr Kind 2 fl. gegeben habe, zulässig ist? Wenn auch bereits eine bejahende Entscheidung hierüber früher einmal ergangen ist, so wurde dieselbe doch alsbald bekämpft (Annalen 1857 S. 55. 174) und überwiegende Gründe führen zu deren Verneinung.

Das Gesetz (§. 6 des Gesetzes vom 21. Februar 1851 Reg.Bl. No. XV.) verbietet die Eideszuschiebung über den Beischlaf offenbar zu dem Zwecke, um grundlosen Ernährungsklagen vorzubeugen, welche leicht möglich wären, wenn die Kläger ohne alle anderen Beweise die Leistung eines Eides von dem Gegner fordern könnten.

Eben deßhalb verordnet das Gesetz (§. 4 a. a. O.) auch, daß nicht die Mutter, sondern ein besonders zu ernennender Vormund die Klage erheben soll, indem man von einem solchen natürlich eher die gehörige Vorsicht erwarten kann. Dieser Grund des Gesetzes tritt aber auch dann ein, wenn es sich vom Beweise der Inzichten für den Beischlaf handelt.

Ferner muß das Verbot der Eideszuschiebung auch deßhalb auf die Nebenumstände bezogen werden, weil dasselbe sonst sehr leicht zu umgehen wäre, und weil das, was für die Hauptgrundlage der Klage gilt, folgerichtig auch nothwendig für deren übrige, damit in Verbindung stehende Theile zur Anwendung kommen muß.

A. d. Gr. X.

X.

Wenn auch mehrere Miterben vorhanden sind, so ist doch der einzelne Miterbe für sich allein berechtigt, auf den Grund des §. 599 der Pr.O. auf Leistung eines Offenbarungseides zu klagen.

Einer von mehreren Miterben hatte (J. G. Weber gegen Schumann) gegen eine Miterbin auf Leistung eines Offenbarungseides geklagt.

Von beklagter Seite wurde der Klage entgegengehalten, daß außer der Beklagten noch drei weitere Miterben des Erblassers vorhanden seien, und geltend gemacht, daß, da durch den Offenbarungseid die Erbmasse constatirt und die Herausgabe derselben bezweckt werden solle, hier gerade so wie bei der Erbtheilungsklage eine nothwendige Streitgenossenschaft vorliege und daher der Kläger allein gar nicht zur Klage berechtigt sei.

Die Gründe zu dem hofg. Urtheile v. 13. Feb. 1858, No. 1395, III. Civ.Sen. sprechen sich hierüber dahin aus:

Wenn auch außer dem Kläger und der Beklagten noch weitere Miterben am Nachlasse des verstorbenen N. N. vorhanden sind und wenn auch allerdings die Klage auf Theilung des Nachlasses nur gegen sämmtliche nicht selbst als Kläger auftretende Miterben gerichtet werden könnte, weil nach der Natur der Sache die Theilung nur unter sämmtlichen Erben stattfinden kann, so folgt daraus nicht, daß die Klage auf Leistung eines Offenbarungseides, welche einen ganz andern Gegenstand hat, und bei welcher jener Grund nicht einschlägt, gleichfalls nur von sämmtlichen Miterben angestellt werden könnte; vielmehr steht jedem einzelnen Interessenten für sich allein unter den Voraussetzungen des § 599 der Pr.O. das Recht zu, einen Offenbarungseid zu verlangen. Wilkens.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. | Jahrgang XXV. | No. 34.

I.

Schwurgerichtliches Verfahren gegen Abwesende, insbesondere gegen solche, die wegen Krankheit in der Schlußverhandlung nicht erscheinen können.

Zu Folge des §. 39 des Gesetzentwurfs über Geschworenengerichte von 1848 sollte das schwurgerichtliche Verfahren gegen Flüchtige und Abwesende das gleiche sein wie gegen Anwesende. In der Sitzung der zweiten Kammer vom 14. Oktober 1848 trug Mittermaier Namens der Commission hierüber vor: Es leuchte wohl ein, daß man das Verfahren gegen Flüchtige und Abwesende nicht völlig beruhen lassen könne. Man müsse zwischen zwei Systemen wählen. Nach dem französischen Verfahren werde demjenigen, der als ungehorsam nicht erschien, eröffnet, daß er als Feind des Gesetzes betrachtet und ohne weiteres dann als schuldig erklärt werden soll. Hier werden dann keine Geschworenen zusammenberufen, keine Zeugen vorgeladen, sondern die Voruntersuchung werde gepflogen und darauf werde von den Richtern das Urtheil gegeben; komme der Angeklagte zurück, so trete wieder ein neues Verfahren vor den Geschworenen ein. Dieses sei nicht zu billigen, man müsse von dem französischen System abgehen und das Verfahren gegen die Abwesenden auch mit dem regelmäßigen Verfahren in Einklang bringen. Gegen einen Flüchtigen sollen zwar alle Mittel angewendet werden, um ihn zur Rückkehr zu bewegen und vor Gericht zu stellen und solle ihm erklärt werden, daß, wenn er nicht erscheine, die Verhandlung gleichwohl vorgenommen werde. Die Verhandlung beginne sodann, ein Vertheidiger werde aufgestellt und die Geschworenen urtheilen auf den Grund der vorgetragenen Beweise. Es sei dies bei weitem sicherer und es werde dabei das Unangenehme vermieden, daß wenn der Angeklagte ohne Geschworene verurtheilt und öffentlich gebrandmarkt sei, hintennach ein neues Verfahren eintrete, wo, wie in Frankreich, nach der Erfahrung fast regelmäßig das Entgegengesetzte entschieden werde.

Nicht nur von der zweiten, sondern auch von der ersten Kammer wurde der §. 39 des Regierungsentwurfs ohne Einsprache angenommen. Vergl. Verhandlungen der badischen Ständeversammlung von 1848/49 und zwar der zweiten Kammer, VI. Protokollheft S. 290 ff. und der ersten Kammer II. Beilagenheft S. 237 und II. Protokollheft S. 304.

Nach §. 45 Ziff. 9 des Gesetzes über Einführung von Geschworenengerichten vom 17. Februar 1849 (Reg.Bl. No. 8), wäre demnach das schwurgerichtliche Verfahren gegen Flüchtige und Abwesende ganz das Gleiche gewesen, wie gegen Anwesende, d. h. es hätte vor dem Schwurgerichtshof unter Beizug der Geschworenen die Verhandlung gepflogen und das Urtheil gegeben werden sollen. Dieses Gesetz ist aber bekanntlich niemals in Wirksamkeit getreten. Und es hat der Regierungsentwurf von 1850 in §. 109 den Grundsatz aufgestellt, daß Abwesende nur vom Schwurgerichtshof ohne Beizug von Geschworenen abgeurtheilt werden sollen. Diesem Grundsatze, den auch fast alle deutschen Gesetzgebungen (Preußen §. 8; Großherzogthum Hessen Art. 221; Baiern Art. 281; Nassau §. 210; Würtemberg Art. 116), angenommen haben, sind beide Kammern der badischen Ständeversammlung von 1849/51 beigetreten. Vergl. Commissionsbericht über die Gesetzesvorlagen, die Einführung des Strafgesetzbuchs und der Schwurgerichte, das Verfahren in Strafsachen überhaupt und das gegen Abwesende und Flüchtige insbesondere betreffend, erstattet in der zweiten Kammer von Trefurt zu §. 109 des Entwurfs.

In Gemäßheit des §. 135 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 wird nunmehr gegen Flüchtige und Abwesende,

welche sich auf die Vorladung zur Schwurgerichtssitzung nicht stellen *von dem Schwurgerichtshof allein ohne Beizug von Geschworenen* in gleicher Weise wie vom Hofgerichte (Tit. III. des erwähnten Gesetzes) verhandelt und definitiv das Urtheil gegeben, gegen welches ein Rekurs an das Oberhofgericht und unter den in §. 140 angegebenen Voraussetzungen auch das Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens statt findet.

Hiernach ist es unzweifelhaft *Prinzip unseres Gesetzes, daß nur Anwesende, nicht aber auch Abwesende von den Geschworenen abgeurtheilt werden dürfen.* Nur in zwei Fällen hat das Gesetz in §. 238 St.Pr.O., welcher durch §. 91 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 auch für die Verhandlungen vor den Schwurgerichten für anwendbar erklärt ist, Ausnahmen gestattet. Wenn nämlich der Angeklagte die *Ordnung der Verhandlung in auffallender Weise stört* und, der Mahnung des Präsidenten ungeachtet, dieses *nicht unterläßt*, so kann er *aus der Sitzung entfernt*, die Verhandlung in seiner Abwesenheit fortgesetzt und ihm das Urtheil sodann durch einen Gerichtsdeputirten verkündet werden. Und *erkrankt der Angeklagte während der Sitzung* in dem Maaße, daß die Fortsetzung der Verhandlung unmöglich ist, so wird, je nachdem seine weitere persönliche Vernehmung nöthig oder die Vorlesung seiner Erklärungen aus den Akten genügend erscheint, entweder die Verhandlung vertagt, oder auch in Abwesenheit des Angeklagten zu Ende geführt und ihm das Urtheil durch einen Gerichtsdeputirten verkündet. In diesen beiden Fällen findet natürlich die Fortsetzung der Verhandlung unter Mitwirkung der Geschworenen statt, was auch keinem Anstand unterliegt, weil die Geschworenen die Persönlichkeit des Angeklagten bereits schon kennen gelernt haben.

Der Tit. XII. des Gesetzes vom 5. Februar 1851, folglich auch der §. 135 handelt indessen nur von den Flüchtigen, d. h. von solchen, welche von Anfang an oder erst während der Untersuchung, oder am Schlusse derselben sich entfernt haben, um sich der Untersuchung zu entziehen, und von eigentlich Abwesenden, die in ihrem Wohnsitze oder gewöhnlichen Aufenthaltsorte nicht aufgefunden, welche also zur Sitzung (außer öffentlich) gar nicht vorgeladen und somit nicht beigebracht werden können. Von dem Falle, wo der Angeklagte nicht flüchtig und nicht ortsabwesend ist und ihm die Vorladung zur Schlußverhandlung noch zugestellt worden, er aber bei der Tagfahrt gleichwohl nicht erschienen ist, handelt der Tit. XII. des erwähnten Gesetzes und der §. 135 nicht, wohl aber der §. 321 St.Pr.O. Es ist zwar der letztere Paragraph nicht in das neue Gesetz aufgenommen, er findet aber gleichwohl Anwendung, insofern seine Bestimmungen mit den jetzt geltenden Grundsätzen des Strafverfahrens übereinstimmen. Nach §. 321 Ziff. 2 St.Pr.O. soll nun, wenn der Angeklagte, dem die Vorladung zur Schlußverhandlung noch zugestellt worden, in der Tagfahrt nicht erscheint, eine neue Tagfahrt angeordnet, gegen den Angeklagten ein Verhaftbefehl erlassen und derselbe, sofern er beigebracht wird, bis zur nächsten Sitzung in Verhaft behalten werden. Kann er aber nicht mehr beigebracht werden, so tritt alsdann die öffentliche Vorladung mit dem weiteren Verfahren nach Tit. XII. ein und es wird von dem Schwurgerichtshofe allein ohne Geschworene das Urtheil gegeben.

Alles dieses steht ganz im Einklange mit den übrigen Grundsätzen des schwurgerichtlichen Verfahrens. Dagegen findet die Bestimmung in §. 321 Ziff. 1 St.Pr.O. offenbar keine Anwendung, wornach nämlich, wenn den nicht erschienenen Angeklagten, im Falle der Verurtheilung keine höhere Strafe als 2 Jahre Arbeitshaus treffen kann, unter Zulassung des von ihm selbst oder von Amtswegen etwa aufgestellten Vertheidigers die Verhandlung dennoch vorgenommen werden darf. Denn diese Bestimmung steht im directen Widerspruch mit der Untersuchungsmaxime, daher dieselbe auch nicht einmal auf das hofgerichtliche Verfahren anwendbar ist. *)

Welches Verfahren aber ist in Schwurgerichtssachen einzuhalten, wenn der Angeklagte wegen Krankheit in der Tagfahrt nicht erscheinen kann?

Von dem Schwurgerichtshof des Seekreises wurde in nachstehendem Falle folgendermaaßen procedirt:

Durch Erkenntniß der Anklagekammer waren Mathä Schwarz als Urheber einer Tödtung bei Raufhändeln und Jakob Müller als Theilnehmer an diesen Raufhändeln und einer Körperverletzung miteinander vor das Schwurgericht verwiesen. Ersterer war verhaftet, Letzterer befand sich auf freiem Fuß. Als Müller zur Schlußverhandlung vorgeladen worden war, wurde unter Vorlage eines

*) A. M. ist Bekk Anmerk. zu §. 27 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 S. 31. Nur für Preßsachen ist der §. 321 St.Pr.O. für anwendbar erklärt. §. 46 des Preßgesetzes.

Physikatszeugnisses an das Hofgericht berichtet, daß Müller an einem gastrisch-schleimigen Fieber erkrankt sei und zur Tagfahrt nicht erscheinen könne. Das Hofgericht verordnete, den Müller darüber zu vernehmen, ob er um Verlegung der Tagfahrt auf den Grund seiner Verhinderung nachsuchen oder aber sich ungeachtet seiner Abwesenheit der schwurgerichtlichen Aburtheilung auf den Grund seiner in der Voruntersuchung enthaltenen Erklärungen sowie der Vertheidigung unterwerfen wolle. Müller, welchem nach dem Physikatszeugniß das Erscheinen in der Tagfahrt unmöglich war, erklärte, daß er keine Verlegung der Tagfahrt verlange, sondern sich ungeachtet seiner Abwesenheit der schwurgerichtlichen Aburtheilung auf den Grund seiner in der Voruntersuchung abgegebenen Erklärungen und der von seinem Anwalte zu führenden Vertheidigung unterwerfe. In der Schlußverhandlung sprach sich der Staatsanwalt hierüber dahin aus, daß, da Müller nicht um Verlegung der Tagfahrt gebeten, die Verhandlung auch gegen ihn, seinem Antrage gemäß, in den Formen des Verfahrens gegen einen Abwesenden stattfinden könne. Der Vertheidiger des abwesenden Angeklagten erklärte, daß er mit dem Antrage seines Clienten einverstanden sei, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Verhältnisse sich nicht nachtheiliger gegen denselben gestalten, als diese in der Voruntersuchung enthalten sind. Der Schwurgerichtshof beschloß darauf auch die schwurgerichtliche Verhandlung und Entscheidung gegen den abwesenden Angeklagten vorzunehmen. In Folge dessen fand die schwurgerichtliche Verhandlung, sowohl in Bezug auf den anwesenden Mathä Schwarz, als in Bezug auf den abwesenden Jakob Müller statt und es wurden hinsichtlich beider Angeklagten Fragen an die Geschworenen gestellt, welche die den Schwarz betreffenden Fragen bejahten, dagegen die den Müller betreffenden Fragen verneinten, worauf Ersterer zu einer Gefängnißstrafe verurtheilt und Letzterer freigesprochen wurde.

Dieses Verfahren, insofern es den Abwesenden betrifft, läßt sich nach unserer dermaligen Gesetzgebung offenbar nicht rechtfertigen. Wie schon gezeigt, so ist durch das Gesetz als Regel aufgestellt, daß nur Anwesende, nicht aber auch Abwesende von den Geschworenen abgeurtheilt werden dürfen und sind nur für zwei Fälle Ausnahmen gestattet, wenn nämlich der Angeklagte die Ordnung der Verhandlung in auffallender Weise stört und der Ermahnung des Präsidenten ungeachtet, dieses nicht unterläßt, oder wenn der Angeklagte während der Sitzung in dem Maaße erkrankt, daß das weitere Verhör unmöglich ist. Und über diese Fälle darf nicht hinausgegangen werden, wenn auch die Betheiligten ihre Einwilligung hiezu geben, weil im Strafprozeß, da dessen Gegenstand dem öffentlichen Rechte angehört, der Einfluß der Privatwillkür der Betheiligten und somit ein Conventionalverfahren ganz ausgeschlossen ist. Bauer, Strafprozeß § 51. 58.

In dem fraglichen Falle war nun aber der Angeklagte Müller nicht erst während der Sitzung, sondern schon früher erkrankt und ist derselbe in der Tagfahrt gar nicht erschienen. Es war daher unzuläßig, den abwesenden Angeklagten Müller unter Beizug der Geschworenen abzuurtheilen. Ebensowenig hätte derselbe von dem Schwurgerichtshof allein ohne Beizug von Geschworenen abgeurtheilt werden können, weil der Titel XII, folglich auch der § 135 nur von eigentlich Abwesenden und Flüchtigen, die gar nicht beigebracht werden können, handelt, nicht aber von solchen Angeklagten, die wegen Krankheit in der Tagfahrt nicht erscheinen können. Von den letzteren spricht der § 219 Str.P.O., wornach der Angeklagte, wenn er nachweißt, daß ihm wegen Krankheit oder höherer Gewalt das Erscheinen in der Tagfahrt unmöglich sei, eine Verlegung derselben verlangen kann. Der eben allegirte §. 219 ist zwar auch nicht in das neue Gesetz aufgenommen, die deßfallsige Bestimmung liegt aber so in der Natur der Sache, daß eine positive Vorschrift hierüber gar nicht nothwendig ist. Es hätte daher in dem oben besprochenen Falle die Sache nicht verhandelt, sondern es hätte die Verhandlung auf eine andere Sitzung ausgesetzt werden sollen. Denn es wird wohl kaum der Bemerkung bedürfen, daß der Schwurgerichtshof auch von Amtswegen eine Verlegung der Tagfahrt verordnen kann, wenn ein Angeklagter wegen Krankheit in der Tagfahrt zu erscheinen verhindert ist, und wenn er nicht um Verlegung nachsucht. Sind wegen desselben Vergehens mehrere Personen angeschuldigt, so kann indessen durch Verlegung der Tagfahrt wegen Krankheit eines der Angeklagten gegen andere allerdings oft eine unbillige Härte entstehen, namentlich gegen Verhaftete, indem durch die Verlegung der Tagfahrt deren Haft ungebührlich verlängert würde, was auch in dem erwähnten Falle die Folge einer Verlegung gewesen wäre. Nun soll zwar nach §. 43. 142 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 gegen mehrere Theilnehmer an einem Verbrechen die Verhandlung wo möglich gleichzeitig vorgenommen werden, weil der Fall für den Richter klarer wird, wenn ihm die Erklärungen der verschiedenen Be-

theiligten und die Beweise gegen den Einen und Anderen gleichzeitig vorliegen und die Theilnehmer mit mehr Rechtsgleichheit behandelt werden, auch ihre Schuld in einem gerechteren Verhältnisse gegen einander abgewogen wird, wenn über Alle gleichzeitig erkannt wird. Allein der Abs. 2 des § 142 gestattet zur Vermeidung unbilliger Härten eine Ausnahme; hiernach darf die Erledigung der Sache gegen die Anwesenden zum Voraus dann eintreten, wenn durch das Verfahren gegen die Abwesenden die Aburtheilung der Anwesenden ungebührlich aufgehalten würde, insbesondere wo diese verhaftet sind. Freilich spricht der allegirte §. 142 ausdrücklich nur von dem Falle, wo durch das Ungehorsamsverfahren gegen eigentlich Abwesende und Flüchtige die Aburtheilung der Anwesenden ungebührlich aufgehalten würde; wegen der Gleichheit des Grundes wird aber die Ausnahmsbestimmung in §. 142 auch für den Fall gelten, wo durch die Verlegung der Tagfahrt wegen Krankheit eines der Angeklagten die Aburtheilung der übrigen Angeklagten ungebührlich verzögert würde. Der Schwurgerichtshof wird daher ermessen, ob es nach den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere mit Rücksicht auf die Art der Krankheit, die Art der Betheiligung der verschiedenen Angeklagten, die Zahl der Verhafteten, die Dauer des Verhafts, die Größe der etwa zu erwartenden Strafe, den Betrag der durch die Wiederholung der Verhandlung entstehenden Kosten u. s. w. geeignet sei, wegen Krankheit eines der Angeklagten die Verhandlung auch gegen die anwesenden Angeklagten zu vertagen, oder die Erledigung der Sache gegen diese zum Voraus besonders eintreten zu lassen. Hat der Schwurgerichtshof letzteres beschlossen, so wird den vom Schwurgericht verurtheilten Theilnehmern wohl keine Beschwerde darüber zustehen, daß nicht gegen alle Theilnehmer gleichzeitig verhandelt und entschieden wurde. Aus einer in den Annalen der bad. Gerichte von 1854 S 332 ff. mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidung könnte gefolgert werden, daß der oberste Gerichtshof einer anderen Ansicht huldige. Da aber bei jener Entscheidung die hier besprochene Frage speciell nicht zur Sprache gekommen ist, so kann jenes oberhofgerichtliche Erkenntniß nicht als ein für diese Frage maaßgebendes Präjudiz angesehen werden.

Was hat aber zu geschehen, wenn ein Angeklagter wegen unheilbarer Krankheit gar nicht vor Gericht erscheinen kann?

In dem Gesetz vom 5. Februar 1851 fehlt eine Bestimmung hierüber. So viel dürfte außer Zweifel sein, daß die Schwurgerichtsverhandlung nicht in der Wohnung eines Angeklagten vorgenommen werden kann. Demselben ist aber wegen seiner Krankheit auch nicht möglich vor Gericht zu erscheinen. Wie soll nun die Sache zu Ende gehen? Es leuchtet wohl ein, daß man das Verfahren nicht völlig beruhen lassen kann; denn es liegt sowohl im Interesse der Strafgerechtigkeit als im Interesse des Beschädigten, und häufig sogar im Interesse des Angeklagten selbst, daß die Untersuchung durch Urtheil erledigt wird. Im Wege des Contumatialverfahrens, d. h. von dem Schwurgerichtshof allein ohne Beizug von Geschworenen kann jedoch die Sache nicht erlediget werden, weil dieses Verfahren nach §. 135 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nur auf Flüchtige und Abwesende, deren Aufenthaltsort nicht bekannt ist, Anwendung findet, nicht aber auf solche, denen wegen Krankheit oder höherer Gewalt das Erscheinen unmöglich ist. Letztere sind nicht ungehorsam, daher sie auch nicht wie Ungehorsame, wie Feinde des Gesetzes, behandelt werden dürfen. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als gegen solche Angeklagte, die wegen unheilbarer Krankheit vor Gericht gar nicht erscheinen können, wie in den Fällen des §. 238 Str.P.O. das gewöhnliche schwurgerichtliche Verfahren unter Beizug der Geschworenen eintreten und das Urtheil durch einen Gerichtsdeputirten eröffnen zu lassen.

Kürzlich kam die Frage über das schwurgerichtliche Verfahren gegen Abwesende in einer anderen Richtung beim obersten Gerichtshof zur Entscheidung.

In der Anklagesache gegen Joseph König von Todtmoos-Prestenberg und Genossen wegen Verbindung zu Diebstahl (Diebsbande) und mehrerer in Bande verübter Diebstähle waren bezüglich eines Diebstahls eine Person und bezüglich eines anderen Diebstahls 5 Personen als Begünstiger angeklagt. Nachdem am 16. März d. J. beim Schwurgericht in Konstanz die Verhandlung über diese Diebstähle geschlossen war, nämlich die Angeklagten und Zeugen einvernommen waren, so stellten die der Begünstigung Angeklagten an den Schwurgerichtshof das Ansuchen, sie nach Hause zu entlassen, da die weiteren schwurgerichtlichen Verhandlungen über die übrigen Anklagepunkte, wobei sie gar nicht mehr betheiliget waren, voraussichtlich noch mehrere Tage dauerten, da sie keine Geldmittel mehr besaßen, so daß 4 Personen zur Wohnung und Verpflegung auf Staatskosten in einem Wirthshaus untergebracht werden mußten, und zudem eine Frau ein nur wenige Monate altes Kind, das der Muttermilch

noch nicht entwöhnt war, zu Hause zurückgelassen hatte. Sie verzichteten daher auf jede weitere persönliche Vertheidigung, und überließen die fernere Vertheidigung ihren Anwälten. Der Staatsanwalt sprach sich dahin aus, daß er gegen die Entlassung derselben nichts einzuwenden habe, obwohl sich erhebliche Bedenken dagegen vorbringen ließen. Weder von den Vertheidigern noch von den übrigen Angeklagten wurde eine Einsprache erhoben. Die der Begünstigung Angeklagten wurden vom Schwurgerichtshof in analoger Anwendung des §. 238 Abs 1 u. 2 Str.P.O. am 16. März nach Hause entlassen, während in ihrer Abwesenheit die Verhandlung weiter fortgeführt, namentlich die Anklage begründet, die Vertheidigungsvorträge gehalten, an die Geschworenen auch in Bezug auf die Begünstigung Fragen gestellt und vom Schwurgerichtshof am 20. März d. J. gegen sämmtliche Angeklagte das Urtheil erlassen wurde. Mehrere Hauptangeklagte ergriffen gegen das schwurgerichtliche Verfahren und Urtheil die Nichtigkeitsbeschwerde, welche sie unter Anderem darauf stützten, daß die der Begünstigung Angeklagten mehrere Tage vor dem Schluß der Schwurgerichtsverhandlungen nach Hause entlassen worden seien. Von dem großherzgl. Oberhofgericht wurde jedoch diese Beschwerde als unbegründet verworfen. Der Cassationshof ging hiebei von der Ansicht aus, daß in der Entlassung der der Begünstigung angeklagten Personen vor dem Schluß der schwurgerichtlichen Verhandlung ein Nichtigkeitsgrund für die übrigen Angeklagten möglicherweise nur dann gefunden werden könnte, wenn dieselbe willkürlich und zu einer Zeit stattgefunden hätte, in welcher die übrigen Angeklagten sich noch etwa zu ihrer Entlastung auf jene Personen hätten berufen können, daß dieses hier nicht der Fall sei, daher hier keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, sondern eine vollkommen befugte Handlung vorliege, die überdies noch einen rechtlichen Halt in der Rechtsähnlichkeit des §. 238 Str.P.O. finde. Vrgl. Annalen XXV. S. 157 ff.

Haager.

II.

Ein Wechselrechtsfall.

Klage des Ausstellers gegen den Bezogenen im Fall der Annahme und nicht erfolgten Zahlung.

Einrede auf Grund eines Gegenscheins.

Beweislast im Wechsel- und Executiv-Prozeß.

Deutsche W.O. §. 6. 23. 43. 44. 82. Pr.O. §. 697. 702.

Müllermeister M..... von Oberamstadt erhob gegen Christian H... von Langenbrücken eine Wechselklage, gestützt auf einen am 5. Juli 1857 vom Kläger für den Betrag von 132 Gulden auf den Beklagten gezogenen Wechsel, zahlbar im weißen Lamm zu Mannheim. Dieser Wechsel, welcher nach einer schon in der Klage beigefügten Bemerkung zur Deckung einer Kaufschillingsforderung des Klägers dienen sollte, wurde vom Beklagten angenommen. Er war auf eigene Ordre des Klägers [1]) gestellt, ging sodann durch Weiterbegebung (Indossament) auf verschiedene Personen über, zuletzt aber durch Rückindossament wieder an den ausstellenden Kläger zurück, weil der Beklagte ungeachtet seines Acceptes am Verfalltage keine Zahlung leistete.

Demgemäß forderte der Kläger unter Bezug auf deutsche W.O. §. 2. 4. 21. 23 44. 50. 81 im Wege des Wechselprozesses die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung des obigen Wechselbetrages sammt 6 Prozent Verzugszinsen vom Verfalltage (10 Sept. 1857), so wie auch 3 Prozent Provision sammt 6 Prozent Verzugszinsen vom Tage der Klagzustellung an.

Der Beklagte erkannte in der angeordneten Tagfahrt den Wechsel an, und bemerkte hiebei nur, der Kläger habe die Waaren, die derselbe in Folge der Wechselausstellung ihm, dem Beklagten, hätte übersenden sollen, ihm nicht in gehöriger Zeit und in gehörigem Maaße übersendet, sonst vermöge der Beklagte nichts vorzubringen.

Hierauf erließ das Untergericht ein dem Klagbegehren entsprechendes Urtheil, nur überging er hiebei die zuletzt erwähnten Verzugszinsen aus der Provision mit Still-

---

[1]) Vrgl. d. W.O. § 6. Abs. 1. Der Aussteller war hiernach zugleich Remittent (Wechselnehmer). Da der Zahlungsort ein anderer Ort war, als der Wohnort des Bezogenen, so war der Wechsel eine domicilirte Tratte. Vergl. Schiebe, Lehre der Wechselbriefe, §. 216. 217 und Formular 18—21. D. W.O. §. 24 verglichen mit §. 4.

schweigen. Letzterer Punkt kommt indeß nicht weiter in Betracht, weil der Kläger sich dabei beruhigte.

Dagegen ergriff der Beklagte die Berufung. Derselbe begehrte die Abweisung des Klägers, indem er seine früher blos angedeutete Einrede dahin näher begründete:

Der Beklagte habe am 1. Juli 1857 bei dem Kläger fünf Säcke gerollte Gerste bestellt, welche im Laufe jener Woche hätten geliefert werden sollen, und es habe derselbe dem Kläger gestattet, für den bedungenen Preis von 132 Gulden den fraglichen Wechsel auf ihn, Beklagten, zu ziehen.

Am 5. Juli 1857 habe der Beklagte nun den Wechsel acceptirt, zugleich aber sich vom Kläger einen Gegenschein ausstellen lassen, worin dieser ihm bescheinigte, daß er ihm (dem Beklagten) auf den am gleichen Tage ausgestellten Wechsel von 132 Gulden die darauf bestellten fünf Säcke gerollte Gerste im Lauf der Woche von Mannheim auf der Bahn schicken werde. Der Kläger habe jedoch am 27. Juli dem Beklagten nur vier Säcke gerollte Gerste geschickt und außerdem noch 24 Gulden 12 Kreuzer Nachnahme dafür erhoben, somit seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt, weßhalb er auch nicht den vollen Preis für die Gegenleistung verlangen könne. Nach d. W.O § 82 sei diese Einrede zulässig, da sie dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustehe.

Zum alsbaldigen Beweise berief sich der Beklagte auf den von ihm sogleich vorgelegten Gegenschein vom 3. Juli 1857, welcher das Angegebene enthielt und vom Kläger anerkannt wurde, fürsorglich auch noch auf einen vom Kläger zu leistenden Haupteid über den Inhalt des Scheines.

Hiegegen machte der Kläger geltend:

Für die nicht gehörige Vertragserfüllung hätte, gegenüber der unbedingten wechselrechtlichen Haftbarkeit des Beklagten auf Grund des Acceptes, sofort der Beweis beigebracht werden müssen, es habe nämlich der Beklagte allerdings nicht blos die im Gegenschein erwähnte Gerste, sondern auf Nachbestellung nach schon geschriebenem Schein sogar noch mehr vom Kläger geschickt erhalten, der Kläger aber nach Verabredung den Mehrbetrag des Preises nachgenommen, worüber dem Beklagten nöthigenfalls der Eid zugeschoben werde.

Ferner habe der Beklagte als Besteller der Gerste gar nicht behauptet, noch weniger erwiesen, daß er bei der Ankunft der Waare die Vorschriften des Handelsrechtssatzes 92ae und af eingehalten habe, desgleichen auch nicht behauptet und erwiesen, daß der Kläger die Waaren nicht vollständig abgesendet habe, da ja das unterwegs etwa Verlorene gemäß Handelsrechtssatz 100 dem Beklagten, nicht dem Kläger (als Verkäufer und Absender) verloren gegangen sein würde.

Ueberhaupt sei die ganze Einrede nach d. W.O. §. 23 im Wechselprozeß gar nicht zulässig.

Zudem sei der Kläger durch das Rückindossament in die Rechte seines Vormannes eingetreten, welchem eine solche Einrede jedenfalls nicht entgegengesetzt werden könnte.

Endlich würde sich die Abweisung der ganzen Klage wegen Nichtlieferung des einen von fünf Säcken keinesfalls rechtfertigen.

Von Seiten des Beklagten wurde das Vorgetragene und die Anwendbarkeit der angerufenen Gesetzesstellen, namentlich auch die Richtigkeit der aufgestellten Beweisgrundsätze, beabredet, der zugeschobene Eid aber angenommen.

Das in zweiter Instanz urtheilende Hofgericht zu Bruchsal bestätigte das untergerichtliche Urtheil bis zum Belang von $^4/_5$ der eingeklagten 132 fl. sammt Zinsen und Provision unter Verfällung des Beklagten in $^4/_5$ der Kosten des ersten und in alle Kosten des zweiten Rechtszuges unbedingt, in Bezug auf den Restbetrag von 26 fl. 24 kr. sammt Zinsen und Provision und die übrigen Kosten aber machte dasselbe die Entscheidung von der Ableistung oder Verweigerung des dem Beklagten über den Empfang aller fünf Säcke gerollter Gerste (nicht blos von vier Säcken) zugeschobenen Haupteides in Form eines Handgelübdes abhängig.

In den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes wurde zuerst, was die richterliche Würdigung der Wechselklage betrifft, hervorgehoben, daß dieselbe nach den angeführten Gesetzen rechtlich wohl begründet [2]) erscheine und insbesondere der Nachweis der Protesterhebung mangels Zahlung hier nicht erforderlich sei, da der Acceptant, welcher die Zahlung zwar nicht in seinem Wohnort, aber immer-

[2]) Im früheren Rechte war die Frage, inwieweit der Aussteller gegen den Acceptanten wechselrechtlich klagen könne, nicht unbestritten. Vergl. Annalen Jahrg. X. S. 137. XI. S. 178. Broicher und Grimm, Handelsgesetzbuch der Rheinprovinz Art. 110. Note 16. Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 341. 323.

Durch d. W.O. §. 6 und §. 23 ist die Streitfrage aber beseitigt. Der Aussteller kann sich selbst als Remittenten bezeichnen (Wechsel an eigene Ordre) und der Bezogene haftet ihm aus dem Accept wechselrechtlich.

hin selber, nicht durch einen Dritten (Domiciliaten) [3]) zu leisten hatte, dem Aussteller unbedingt haftbar sei.

Deutsche Wechselordnung §. 44 verglichen mit §. 43.

W. Brauer, allg. deutsche Wechselordnung, §. 43 Note 4.

In Bezug auf die beanspruchte Provision wurde darauf hingewiesen, daß der Beklagte die der Uebung und dem Gesetz entsprechende Provision [4]) überall nicht beanstandete.

Hinsichtlich der vorgebrachten Einrede erkannte der Gerichtshof an, daß auf die im ersten Rechtszuge ganz unbestimmt vorgetragenen, jedes wechselprozeßmäßigen Beweises entbehrende Einwendung vom Unterrichter nach Sachlage mit Recht keine Rücksicht genommen worden sei. Dagegen sprach sich derselbe, was den Stand der Sache im zweiten Rechtszuge betrifft, in dieser Beziehung dahin aus:

„Es fragt sich nun zunächst, ob die Einrede des Beklagten in der jetzt vorgebrachten Weise rechtlich begründet und nach den Vorschriften des Wechsel- und Executivprozesses genügend erwiesen ist?

Beide Fragen sind zu Gunsten des Beklagten zu bejahen. Gemäß d. W.O. §. 82 kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der klagende Wechselaussteller sich jede Einrede des Beklagten gefallen lassen muß, die diesem unmittelbar gegen ihn zusteht, also namentlich auch eine solche Einrede, welche sich auf eine vom Kläger übernommene, mit der Entstehung und Annahme des Wechsels in Verbindung stehende Gegenverpflichtung des Klägers bezieht, mithin eine solche, wie sie aus dem obenbezeichneten Gegenschein sich ergibt. Da dieser Gegenschein anerkannt wurde, so erscheint auch die Einrede auf eine dem Executivprozeß entsprechende Weise dargethan. Sache des Klägers ist es, nach Maßgabe der gewöhnlichen Regeln von der Beweislast, die auch hier Anwendung finden müssen, die Erfüllung jener Gegenverbindlichkeit, soweit dieselbe gegnerischerseits bestritten wurde, zu erweisen. Wenn die Gegenverpflichtung des Klägers auch keine wechselmäßige ist, so ist sie doch immerhin eine solche, die in dem gemäß P.O. §. 705 hier Platz greifenden Verfahren des Executivprozesses dem Kläger gegenüber geltend gemacht werden kann. Der Umstand, daß der Wechsel durch Rückindossament an den Kläger zurückgelangte, kann dessen rechtliche Stellung zum Beklagten im Wesentlichen nicht verändern, und ebensowenig kann die sonst in der d. W.O. anerkannte Regel, daß der angenommene Wechsel ohne Nachweis der Deckung zur Klagebegründung genügt (§. 23 und preußische Motive S. 56) [5]) bei obiger Sachlage weiter in Betracht kommen. [6])

Da nun der Kläger dem Beklagten über die bestrittene Erfüllung der Gegenverbindlichkeit den Eid zugeschoben hat, wie ihm dieß nach Pr.O. §. 687. 702 freisteht, so hängt die Entscheidung, soweit es sich um die Zahlung des den fünften Sack betreffenden Betrages von 26 fl. 24 kr. handelt, von einem gemäß Pr.O. §. 572 in Handgelübdsform vom Beklagten abzuleistenden Haupteide ab. Dieses Handgelübde kann aber nur über den Empfang der Säcke, beziehungsweise des Sackes zugeschoben werden, da die Absendung eine dem Beklagten fremde Handlung wäre; es können daher die vom Kläger angerufenen Handelsrechtsätze abgesehen von der Frage, wieweit sie sonst Anwendung finden könnten [7]), hier weiter nicht in Betracht kommen.

---

[3]) Wenn der Bezogene durch einen Dritten die Zahlung am Zahlungsort zu leisten hat, so tritt statt der Regel des §. 44 der d. W.O. die Ausnahme des §. 43 ein: es ist Protest nöthig. Vrgl. Protokolle der Wechselconferenz vom Jahr 1847. No. XVI.

[4]) Nach der früheren Uebung betrug die Provision ⅓ bis ½ pCt. Schiebe, die Lehre der Wechselbriefe §. 151. In der d. W.O. §. 50. 51. 65 ist sie auf ⅓ pCt. festgesetzt.

Vrgl. hiezu Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. 1. S. 56 ff.

[5]) Die Behauptung, daß keine Deckung geleistet wurde, kann nicht als verneinende Einlassung vorgebracht werden.

Die Lehre von der Deckung ist allerdings in der d. W.O. ganz mit Stillschweigen übergangen, damit ist das in dieser Richtung zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen eintretende Verhältniß dem allgemeinen bürgerlichen Rechte überlassen worden, daraus folgt jedoch nicht, daß der Bezogene sich seiner betreffenden, im Executivprozeß erweislichen Einrede gegen die Wechselklage des Ausstellers nicht bedienen kann.

[6]) Die Regel „chi accetta paghi“ hat in dieser Richtung keine Wirksamkeit.

[7]) Der H.R.S 92ae setzt jedenfalls den Empfang eines Einkaufsverzeichnisses (der Factur) voraus; durch die Verhandlungen im Executivprozeß war nicht näher erörtert und aufgeklärt worden, ob überhaupt die Säcke gerollter Gerste mit Factur gesendet worden waren und wie weit überhaupt jene Bestimmung des Handelsrechtes auf den vorliegenden Fall paßte.

Das Gleiche fand auch in Bezug auf das Verhältniß des H.R.S. 100 (womit L.R.S. 1503. 1585 zu vergleichen) statt. In dieser Beziehung hätte wechselprozeßordnungsmäßig dargethan sein müssen, daß die fünf Säcke richtig abgesendet waren, daß sie das La-

Soweit es sich um ⅘ der Klagsumme, den Preis für die vier gelieferten Säcke handelt, ist aber das amtsgerichtliche Urtheil sogleich unbedingt zu bestätigen, indem die Nichtlieferung eines einzigen Sackes nach Sachlage die gänzliche Abweisung des Klägers nicht zur Folge haben kann.[*])

Die Kosten des zweiten Rechtszuges fallen nach Pr.O. §. 1175 dem Beklagten in jedem Fall zur Last, im Uebrigen kommt §. 167. 170 zur Anwendung."

Eduard Brauer.

III.

Zu §. 749 Nr. 3 der Prozeßordnung.

Schreyer gegen Schreyer.

(Annalen XXV. 33.)

In diesem Rechtsstreite war den Beklagten, welche aus der Hingabe eines Darleihens an den Kläger Rechte für sich gegen letzteren ableiteten, darüber Beweis aufgetragen worden, daß der Kläger von seiner Mutter, der Heinr. Schreyers Wittwe, im Oktober 1853 700 fl. dargeliehen erhalten habe.

Es wurde sich zum Beweis der Existenz einer deßfalls errichteten Schuldurkunde auf Zeugen berufen, von denen einer bestätigte, daß der Kläger zum Behufe der Aufnahme eines Darlehens bei seiner Mutter eine von dem Zeugen selbst niedergeschriebene Schuldurkunde unterzeichnet und zu sich genommen, nicht aber auch, daß er dieselbe je aus der Hand gegeben und insbesondere nicht, daß er sie der angeblichen Darleiherin übergeben habe.

---

ger des Verkäufers (Absenders) wirklich verlassen hatten. Diese Thatsache (die Absendung für sich) konnte der Kläger nicht durch Eideszuschiebung erweislich machen, wohl aber die Thatsache des Empfanges (der richtigen Ablieferung), worin die richtige Absendung mit eingeschlossen ist.

[*]) Die in den Verhandlungen ferner zur Sprache gekommene Nachnahme auf die fraglichen Säcke, wofür ein Beweis nach Maßgabe des Pr.O. §. 697 gar nicht angetreten wurde, während der Kläger die Nachnahme auf diese Säcke nicht unumwunden zugestand, wurde, sowie die damit zusammenhängende Behauptung der Bestellung und Lieferung weiterer Frucht dem besonderen Austrag im gewöhnlichen Verfahren überlassen. Der Gerichtshof sprach sich hierüber nicht besonders aus.

Von Seiten des beklagten Theils wurde in der Appellationsbeschwerdeschrift ein Gesuch um Herausgabe der fraglichen Darlehensurkunde gestellt, das aber vom Gerichtshofe durch Urtheil vom 20. März d. J. als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Gründe:

Die Beklagten haben kein Recht, die Herausgabe oder Vorlegung dieser Urkunde zu verlangen; dieselben wollen zwar ein solches Recht aus dem Zweck der fraglichen Urkunde ableiten (§. 749[3] der Pr.O.), es ist aber nur dargethan, daß der Kläger eine Urkunde ausgestellt hat, welche dann, wenn die damals beabsichtigte Darleihe zu Stande gekommen sein würde, dem Darleiher in die Hand gegeben werden und dadurch erst die Eigenschaft als Beweismittel erhalten sollte, nicht aber auch daß die Uebergabe an einen Darleiher je erfolgt sei. Ehe diese schon fürsorglich errichtete Urkunde als Beweismittel ausgefolgt wurde, ist sie ein solches noch gar nicht geworden, und es hat bis zu der Ausfolgung nur der Aussteller, welcher wegen seines ursprünglichen Besitzes alleiniger Eigenthümer der Urkunde ist, ein Recht auf dieselbe.

Wilckens.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 35.

I.

Ueber richterliche Pfandstrichsverfügungen.

Ein Versuch zur Orientirung.

Die Erscheinung, daß manche Gerichte unseres Landes jetzt so häufig mit Gesuchen um Streichung meist alter Pfandeinträge angegangen werden, konnte bei der seitherigen Einrichtung unserer Hypothekenbücher, dieser formellen Grundlagen des größten Theils unseres jetzigen soliden Creditwesens, und namentlich nach Aufhebung des L.R.S. 2154, gar nicht ausbleiben. Es wird mir gerne erlassen werden von einem weitern ursächlichen Moment dieses Zustandes, nemlich von den bei uns an die Stelle der französischen, hiezu besonders herangebildeten, Hypothekenbewahrer getretenen Personen zu reden, da hierüber von sachkundigen Federn und von Betheiligten so viel Treffendes gesagt ist.

Es soll hier nur noch kurz daran erinnert werden, daß auch viele der mit der Rechtspolizei betrauten Organe und Personen, an diesem Chaos nicht so schuldlos sein dürften, wie an dem der Erschaffung unseres Kosmos vorhergegangenen, wenn ihnen auch nur Unterlassungssünden zur Last fallen.

Es läßt sich auch ferner nicht verkennen, daß die Sorglosigkeit der Betheiligten, die freilich meist in ihrer Rechtsunkenntniß ihren Grund hatte, manchen Pfandeintrag bestehen ließ, der seiner Zeit sehr leicht hätte entfernt werden können, wenn die dabei Interessirten eine Ahnung gehabt hätten, welche dämonische Macht ein unwirksam gewordener Pfandeintrag noch haben könne.

Es ist Thatsache, daß jetzt, nachdem kaum 48 Jahre seit Einführung unseres neuen Hypothekenwesens verflossen, unsere Grund- und Pfandbücher mit theils von vorneherein ungiltigen und theils von solchen Pfandeinträgen angefüllt sind, deren materieller Grund — die Schuld oder ein schuldähnliches Verhältniß — längst nicht mehr besteht.

Solche Einträge können auch meist nicht auf rechtspolizeilichem Wege, z. B. bei Visitationen oder Renovationen, Bereinigungen, entfernt werden, weil theils dieselben nicht mehr nach Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen, und anderntheils die Berechtigten, nach dem auf den ursprünglichen Gläubiger dessen Erben und oft deren Erben wieder, gefolgt sind, gar nicht mehr ausfindig gemacht werden können, oder sich zur freiwilligen Mitwirkung zum Striche gar nicht herbei lassen, wenn sich auch, was indeß meist nicht der Fall ist, das Pfandgericht damit begnügte.

Nun sucht der Pfandbesitzer, dessen Gut durch die oft fast unzählbaren Pfandlasten kaum mehr verkäuflich ist, Hilfe beim Richter, der sehr oft nur fremde Nachlässigkeit zu büßen hat.

Da ist dann von einem Rechtsstreite nur uneigentlich und der Form nach, die Rede, denn es handelt sich oft nur darum, gewisse faktische, nicht, oder nur schwer aufklärbare Verhältnisse mit Hilfe bestimmter Formen und gesetzlicher Vermuthungen juristisch aufzuklären, und im Wege des Contumatialverfahrens den Pfandgläubiger zu elidiren.

Obgleich nun theils durch wörtliche, theils durch analoge Anwendung der Bestimmungen unserer bürgerlichen Pr.O. ein gesetzliches Verfahren für alle die manigfaltigen möglichen Fälle der Pfandbereinigung nöthigenfalls gefunden werden kann, so hat doch gewiß schon jeder Richter, der mit Mühe und Noth durch die oft endlosen faktischen Verwicklungen wegen Sachlegitimation und Aufenthalt des Pfandgläubigers sich hindurch drängend, endlich dahin gelangte, das regelmäßige Verfahren zu beginnen, gefühlt, daß dasselbe zur Beseitigung wesenloser

Schattenexistenzen ein viel zu weitläufiges und kostspieliges sei, und es mag manchem der edle Ritter aus der Mancha und sein Kampf gegen Windmühlen beigefallen sein.

Bis aber einmal hiefür besondere, im Geiste des neueren Pfandrechtes verfaßte Vorschriften bestehen, nach welchen künftig das richterliche Strichverfahren zu regeln ist, dürfte es an der Zeit sein, sich in der Praxis wenigstens darüber zu einigen, welche der bereits bestehenden civilrechtlichen und prozessualischen Vorschriften in Pfandstrichsachen zur Anwendung kommen müssen, da bis jetzt hierüber die allerverschiedensten Ansichten bestehen und gar manche, die allgemeine Rechtssicherheit wie das Vermögen der Richter gleich bedrohende, Verjahrungsweisen vorkommen.

Wenn ich nun in Folgendem des unter den geschilderten Verhältnissen jetzt nöthige Verfahren annähernd in allen möglichen Fällen gemäß der Bestimmungen unserer Pr.O. darzustellen versuche, so möchte ich damit nicht sowohl dasselbe als allein berechtigt hinstellen, als vielmehr nur die Aufmerksamkeit unserer Fachmänner, soweit nöthig, auf dieses Thema lenken, um vielleicht ein Schärflein zur Einigung beizutragen.

An die Spitze meiner folgenden Auseinandersetzung stelle ich ohne Bedenken den Grundsatz, daß überall da das Aufforderungsverfahren des §. 737 der Pr.O. nicht statthaft ist, wo eine bestimmte Person als Gläubiger im Grund- oder Pfandbuche eingetragen steht.

Das beste Pfandrecht müßte illusorisch werden, wenn es dem Schuldner oder Pfandbesitzer frei stände, durch die einfache Behauptung (nicht einmal Bescheinigung wird oft gefordert), er wisse nicht, wo sein Gläubiger sei, oder ob er noch existire, eine öffentliche Aufforderung, vielleicht in einem vom Gläubiger nie gelesenen Blatte, und darauf die Löschung des Pfandeintrages zu bewirken.

Es ist aber nun nichts gewöhnlicher, als daß man in öffentlichen Blättern, und besonders in dem von Privatpersonen so selten gelesenen Allgem. Anzeigeblatte gerade solche Aufforderungen von genannten Gläubigern oder deren Erben, zu lesen bekömmt, die ein im Pfandbuch eingetragenes Pfandrecht haben; es wird dabei oft mit einer Rücksichtslosigkeit verfahren, die in Erstaunen setzt, und vermuthen läßt, das Aufforderungsverfahren des § 736 der Pr.O. werde als das allgemeinste und formloseste Mittel angesehen, um alle Fälle, die sich nicht leicht unter die gewöhnlichen civilrechtlichen oder prozessualischen Regeln bringen lassen, auf eine bequeme Weise zu erledigen, während doch eben dies in der Pr.O. gegebene Auskunftsmittel, als die weiteste Abweichung von civilrechtlichen und prozessualischen Grundsätzen, als das subsidiärste aller Verfahren, um so ängstlicher auf die Fälle einzuschränken war, für die es gegeben.

Wenn wir den §. 736 der Pr.O. nicht gerade wie einen Handschuh umwenden wollen, so müssen wir bei genauer Erwägung seiner historischen Grundlage und des innern Grundes, welcher seine Einführung in unsere Prozeßgesetze veranlaßte, nothwendig zu dem Schluß kommen, daß das in diesem §. gegebene Aufforderungsverfahren überall da nicht angewendet werden darf, wo es sich um ein im Grund- oder Pfandbuch eingetragenes Vorzugs- oder Pfandrecht handelt.

Ich verkenne nicht die Schwierigkeit der Aufgabe, diese Behauptung nicht nur gegen eine große Mehrzahl unserer Praktiker, sondern auch gegen die Ansichten mancher der badischen Gesetzgebung nahe stehender Männer, ja, gewissermaßen gegen die Rechtsüberzeugung des Landes *) zu vertheidigen, und wenn ich es dennoch unternehme, so möge die Wichtigkeit und Dringlichkeit der Sache mich wegen dieser scheinbaren Anmaßung entschuldigen.

Dabei sei indeß nicht unerwähnt, daß die von mir hier vertheidigte Ansicht weder neu, noch ohne Anhänger ist, wie sich dies aus einzelnen in die Oeffentlichkeit gelangten Fällen ergibt, auch hat schon im Jahre 1838 Bekk in einer Redaktionsnote zu einem im 7. Jahrgange dieser Blätter erschienenen Aufsatze Rheinländers, wenigstens indirekt, gegen die von mir als irrig bezeichnete Sachbehandlung geschrieben und es geschieht daher weder ohne Gesinnungsgenossen, noch ohne stützende Autorität, daß ich für meine Ueberzeugung hier in die Schranken trete.

Daß der §. 736 nicht für die Fälle gegeben sei, wo ein bestimmter Gläubiger, z. B. aus dem Pfand- oder Grundbuch zu ersehen ist, geht zunächst aus den zur Erläuterung beigefügten Beispielen des §. 738 hervor, wo es ausdrücklich heißt: „in den Grund- und Pfandbüchern nicht eingetragene und auch sonst nicht bekannte dingliche Rechte“ wozu in unsern Gesetzen freilich auch noch Pfandrechte gezählt werden.

*) Man sehe den Commissionsbericht des Abgeordneten Küßwieder, der Kammer erstattet in der Sitzungsperiode 18⁴⁷/₄₈ über Wiedereinführung des L.R.S. 2154.

Wenn nun in diesen, ein singuläres Gesetz erklärenden Beispielen, nur von, in den Grund- und Pfandbüchern nicht eingetragenen Rechten die Rede ist, wie kann es der Jurist vertreten, wenn er trotzdem den §. 736 auch für solche Fälle anwendbar erklärt, wo ein bestimmter Pfandgläubiger genannt ist, und alle Einwendungen mit der hier gewiß unrecht angebrachten Antwort, daß hier nur von nicht erschöpfenden Beispielen die Rede sei, abschneiden will, als ob nicht das argumentum e contrario wenn irgendwo, so doch gerade bei derartigen exceptionellen Bestimmungen, am Platze wäre.

Wer aber einmal glücklich im Stadium des Zweifels angelangt ist, dem muß der §. 739 vollends die Augen öffnen; denn dieser §. verlangt zur Begründung einer solchen Aufforderungsklage ausdrücklich, daß der Aufforderer bescheinigen müsse, ob wirklich solche Rechte nicht eingetragen sind!

Da also hier immer nur von uneingetragenen Pfandrechten (der Ehefrauen, Mündel L.R.S. 2118) die Rede ist, in Bezug auf welche ein Strich weder möglich noch nöthig ist, so ist nichts klarer, als daß das beregte Verfahren zum Zwecke der Streichung eines Pfandeintrages nicht dienen kann, und aus §. 741 der Pr.O. geht hervor, daß auch nach durchgeführtem Aufforderungsverfahren der Strich des Eintrages weder dem Aufforderer gegenüber (er sei nun Verpfänder oder 3. Besitzer) noch etwaigen nachgehenden Pfandgläubigern gegenüber geschehen könnte; sondern es könnte im Pfandbuche nur der, dasselbe übrigens nicht gerade vereinfachende, Beisatz gemacht werden, daß der betreffende Eintrag allen nach dieser Verfügung (Ausschlußerkenntniß) eingetragenen Gläubigern gegenüber unwirksam sei.

Anmerkung 1.

Man sollte meinen damit, daß ein Pfandeintrag neuen Erwerbern, oder spätern Pfandgläubigern gegenüber, als erloschen erklärt würde, sei auch seiner Existenz aller Boden entzogen, da der Eintrag ja nur wegen dritter Erwerber und späterer Pfandgläubiger gemacht wird, und es könnte Jemand auf den Gedanken kommen, daß nun auch der ganze Pfandeintrag gestrichen werden könnte.

Allein, abgesehen davon, daß ein Pfandeintrag außer dem Vorgange immer auch noch gewisse andere Wirkungen hat, z. B. Vorladung der eingetragenen Gläubiger in Ganten und Vollstreckungen ꝛc. muß im Auge behalten werden, daß mit dem Eintrag auch die Existenz des Pfandrechts dem Schuldner gegenüber fiele, was denn doch, juristisch betrachtet, nicht bedeutungslos ist.

Auch fällt die Wirkung eines auf solche Weise gestrichenen Pfandeintrages nur solchen spätern Pfandgläubigern gegenüber hinweg, welche nach dem Datum der Strichverfügung etwa eingetragen sind, nicht aber solchen, die schon z. Z. der Stricherwirkung vorhanden waren.

Wenn also z. B. A. B. C. D. im Pfandbuch in dieser Ordnung eingetragen wären, und gegen den B. jenes Ausschlußerkenntniß erwirkt worden, so könnte B. sein Pfandrecht doch noch gegen den Verpfänder und Aufforderer geltend machen, und er ginge dem C. und D., die sich dem Verfahren nicht anschlossen, immer noch vor.

Wie schon oben bemerkt, ist aber das Rechtsmittel der öffentlichen Aufforderung ein subsidiäres für die Fälle, wo Jemand nicht selbst klagen kann; warum sollte aber gegen einen im Grund- oder Pfandbuch eingetragenen Gläubiger zu klagen nicht rechtlich möglich sein?

Und es ist nur die rechtliche Unmöglichkeit zu klagen, die das Gesetz im Auge hat, nicht die faktische, die allerdings in richterlichen Pfandstrichsfällen gar oft vorhanden zu sein scheint.

Es ist aber ferner in allen den Fällen, wo das Aufforderungsverfahren fälschlich angewendet wird, nicht „ungewiß" ob dingliche oder sonstige Lasten auf einem Gute haften, sondern es ist — da ein Pfandeintrag formell mit dem Pfandrecht selbst zusammenfällt — nur zu gewiß, und es ist in der Regel nur der Aufenthaltsort des Pfandgläubigers oder seiner Erben oder Existenz u. Namen der letztern unbekannt; allein das Gesetz gibt Niemanden, der den Namen oder Aufenthalt des zu Belangenden nicht kennt, das einfache Mittel an die Hand, durch eine Klageaufforderung an sämmtliche Bewohner des Erdballs, wo die Karlsruher — oder sonstige Zeitungen gelesen werden, auch den zu Belangenden sicher mitzutreffen.

Eine rechtliche Unmöglichkeit zu klagen liegt aber da vor, wo z. B. ein Grundbesitzer Sicherheit gegen Pfandlasten, die uneingetragen zu Recht bestehen (gesetzliche), erlangen will, und in dem L.R.S. 2193 ist für solche Fälle ein Verfahren vorgeschrieben, das dem des §. 736 ganz analog ist, und indirekt beweißt, wie dieser

§. aufzufassen sei, während aus dem in den L.R.S. 2181 bis 2193 für den Strich von Pfandeinträgen eingeführten Verfahren überall namentliche Anzeige an den Gläubiger (der Vorladung entsprechend) verlangt wird.

Durch das bisher Gesagte scheint mir nun hinreichend dargethan, daß zum Erwirken eines Pfandstrichs das Aufforderungsverfahren weder vorhanden noch passend ist. Wie soll aber geholfen werden dem Besitzer von Grundstücken, auf welchen ganze Dutzende von Einträgen für viele 1000 fl. haften, die oft dieselben fast unverkäuflich machen? Einträge, wo der Schuldner wie der Gläubiger von der jetzigen Generation so wenig, wie etwaige Erben gekannt sind?

Die gewöhnliche Meinung ist, daß hier nur durch das Aufforderungsverfahren oder durch Wiedereinführung des L.R.S. 2154 geholfen werden könne. Daß das erste Auskunftsmittel schlecht gewählt, ist bereits nachgewiesen; daß das andere unjuristisch und unnöthig, soll hier in Kürze gezeigt werden.

Man hat in neuerer Zeit angefangen das Pfandrecht, wie nicht anders billig, auch in den Lehrbüchern und Hörsälen als lediglich persönliches Recht zu charakterisiren, obgleich auch jetzt noch die namhaftesten Autoritäten sich für die Dinglichkeit desselben aussprechen.

Anmerkung II.

Während Brauer (Erl. II. tit. 1 Anm. 2), Bekk (dingl. Rechte) und Stabel tit. prél. S. 110. 113 vergl. mit S. 112, das Pfandrecht mehr nur als ein sachartiges, denn als ein wirklich dingliches Recht auffaßten, und insbesondere Bekk mit gewohnter juristischer Schärfe die Natur der Pfandklage als eine actio in rem scripta charakterisirt, haben sich die namhaftesten Autoritäten in der juristischen Welt, Lehrer und Praktiker, wie Puchta (Pandekten §. 140 ff. 193), Fritz, Erl. zu von Weningen, Zachariä (§. 256), von Savigni, der Rektor der historischen Schule (vergl. III. S. 225. IV. S. 55. 312. 513), Gerber (deutsches Privatrecht §. 149) und viele Andere — unter unsern bad. Juristen, z. B. Sander (vergl. Anm. V. S. 75) — von dem Gedanken an die Dinglichkeit des Pfandrechts noch nicht trennen können. Namentlich ist es Puchta, welcher gestützt auf l. 19 p. de damn. inf. 39. 2, die dingliche Natur aufs Eifrigste vertheidigt. Allein ich glaube nicht, daß das Pfandrecht, welches seit der Zeit der römischen Pandektisten so folgenreiche Entwicklungsphasen durchgelebt, und die Formen abgestreift hat, welche in Rom und auch im ältern germanischen Rechte dem Pfandrecht das Ansehen eines dinglichen Rechtes gaben (fiducia und darauf basirte vindicatio Gewehre), seine innere Natur diesen werthlosen Formen aufopfern und seiner Vergangenheit zu Liebe wo das Wesen über der Form verkannt wurde, immer noch als dingliches Institut dastehen muß.

Uebrigens scheint mir die Stelle, welche Puchta für seine Meinung anführt, gar wohl eine andere Auslegung zuzulassen; sie handelt zunächst gar nicht ex professo vom Pfandrecht, und an dem Orte wo sie steht, kann damit ebensogut gesagt werden wollen, daß Jeder, der ein selbstständiges Interesse daran hat (also auch der, welcher eine Liegenschaft jeden Augenblick veräußern zu lassen in die Lage kommen kann), das Recht haben soll, die genannte cautio zu begehren.

Auf diese Weise wird sodann die von Puchta besonders hervorgehobene Zusammenstellung des Pfandgläubigers mit anerkannt dinglich berechtigten für den zu liefernden Beweis bedeutungslos.

Andere, besonders die Romanisten Büchel, Mühlenbruch, Sintenis, von Vangerow, verkennen nicht die Natur des Pfandrechts, als persönliches Recht, allein sie kommen zu einer sowohl ungereimten als unnöthigen Fiktion und beziehw. Personifikation, da sie auffallender Weise das verpfändete Gut selbst zum Schuldner machen, und das Pfandrecht eine obligatio rei nennen. Diese willkührliche Annahme ist um so unerklärlicher als es geradezu dem Charakter des Obligationenrechts widerspricht, daß eine Sache als Contrahent, Subjekt von Verbindlichkeiten sei.

Diese insbesondere von Vangerow in seinem Leitfaden (Controversensammlung) mit mehr Vorliebe als Glück vertheidigte rechtliche Construktion des Pfandrechts wird von Marcadé in seinen explications du droit civil II. ad art. 526, resumé S. 389. XIV. mit vieler Sicherheit, aber ohne Angabe der Urheberschaft ohne Weiteres als die

einzig Berechtigte hingestellt. Er sagt z. B. ...... quant à l'objet de droit c'est argent, et par consequence chose mobile (richtig), und ebenso richtig: car elle n'est qu'un droit ad rem mobilem, aber wenn er fortfährt: il est vrai que dans l'hypothèque il y-a un immeuble en jeu mais cet immeuble au lieu d'être l'objet du droit n'est que le sujet passif, il est à l'instar d'une personne le debiteur d'argent, so verfällt er in unmögliche und abenteuerliche Hypothesen.

Wir sind der Wahrheit offenbar am Nächsten, wenn wir ohne zu dem zweifelhaften Hilfsmittel, daß wir Sachen zu Personen machen, annehmen, das verpfändete Gut sei das Band, welches jeden Besitzer mit dem Gläubiger in den Schuldnexus bringt, ähnlich, wie ein Papier au porteur den Besitzer zum Gläubiger macht, ohne daß es aber Jemanden einfällt, das Papier als Gläubiger zu betrachten. Diese, wie gesagt, von Bekk schon angedeutete Ansicht finden wir von einigen Neuern (wenn ich nicht irre, besonders von Windscheit in Bonn) des Näheren ausgeführt. Zu diesem Resultat drängt indeß mich schon die einfache Ueberlegung, daß durch Verträge nur Obligationen, nie aber dingliche Rechte entstehen können. Der hier anscheinend widersprechende L.R.S. 1183 und 1583 spricht diese Wirkung des Eigenthumsübergangs nur dem andern Contrahenten gegenüber aus, keineswegs wollte die alte Regel „dominia non nudis pactis sed traditionibus solum transeunt" vernichtet werden.

Wenn aber anerkannt werden muß, daß ein dingliches Recht seiner Natur nach um seiner selbst willen besteht, und daß sein rechtlicher Zweck durch seinen Inhalt vollkommen erschöpft ist, so müssen wir aufhören, ein Recht, das nur zur Sicherung einer Obligation, also als Nebenrecht ohne die Möglichkeit eines selbstständigen Daseyns besteht, ein dingliches Recht zu nennen.

Durch den Pfandvertrag verpflichtet sich der Schuldner nur, dem Gläubiger, dessen allgemeines Unterpfand ohnedies des Schuldners Vermögen ist, die vorzügliche Befriedigung vor Andern aus seinem Vermögen oder einzelnen Theilen desselben zu sichern, und dem Gläubiger möglich zu machen, die fraglichen Vermögensstücke überall, wo er sie antrifft, auch zur Erfüllung der Obligation zu verwenden. Es werden durch den Pfandvertrag die Vermögensstücke in eine dauernde Verbindung mit der Obligation in der Weise gebracht, daß jeder spätere Gläubiger und jeder spätere Besitzer dies Verhältniß gegen sich gelten lassen muß.

Wenn es nun aber auch jedem Schuldner freisteht, jedes beliebige Grundstück, dessen Eigenthümer er ist, für die Erfüllung einer Obligation verhaftet zu erklären, und wenn auch, streng juristisch betrachtet, jeder spätere Gläubiger eben deßhalb vom Zugriff darauf (soweit die frühere Obligation es in Anspruch nimmt) ausgeschlossen sein muß, und jeder spätere Besitzer des verhafteten Grundstückes diese aus der Zeit seines Autors auf dem Gute haftende Last anerkennen müßte (nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet), so würde doch die unbedingte Anwendung dieses Grundsatzes (wie wir ihn im römischen Rechte seit Aufhebung der fiducia bis auf Leos Constitution c. 11. 8. 18 finden) eine Quelle von Inconvenienzen, Streitigkeiten und durch mehrfache Verpfändungen herbeigeführten Verlusten sein, welche allen Credit untergraben müßten.

Man mußte daher schon frühe auf den Gedanken kommen, durch irgend ein äußeres Moment auch für Dritte, dieses Verhältniß, in welchem ein Grundstück zu einer Schuld steht, erkennbar zu machen. Die im Rechtsleben der uns zunächst maßgebenden und bekannten Völker hiefür gefundene Form war eine verschiedene, und im Anfang überall plumpe.

Im römischen wie im deutschen Rechte half man durch Besitzübertragung (Gewehre) und Gestattung einer Vindikation und erst nach und nach wurden diese äußern Zeichen, je mehr das eigentliche Wesen des Pfandrechts geahnt und gewürdigt wurde, bis zu einfachen Beweismitteln (im römischen Rechte öffentliche Urkunden und seit Leo instrumenta quasi publica, im deutschen Rechte gerichtlicher Abschluß des Pfandvertrages und Eintrag in öffentliche Bücher) abgeschwächt, und so sind unsere heutigen Pfandeinträge nichts als äußere Zeichen und Beweismittel, daß ein bestimmtes Gut in einem Verhältnisse zu einer Obligation steht, vermöge dessen der Pfandgläubiger jeden Augenblick vom Besitzer dieses Grundstückes die Zahlung der Schuld fordern, oder sich aus dem Erlöse des veräußerten Gutes bezahlt machen kann. Denn der Besitz einer so verpfändeten Sache begründet eine Obligation, s. g. Zustandsobligation, die im römischen Rechte durch eine actio in rem scripta verfolgt wurde.

Dabei muß aber noch der fernere Gesichtspunkt festgehalten werden, daß die Pfandeinträge nicht blos zum Beweismittel zwischen den Partheien dienen sollen, sondern daß das Prinzip, das sie verlangt, ein höheres polizeiliches Interesse zur Grundlage hat, welches die Kundmachung an Dritte verlangt. Und dies Interesse ist so stark, daß ohne einen Pfandeintrag das Pfandrecht von der Gesetzgebung (außer in einigen Fällen) als gar nicht vorhanden angesehen wird, wodurch also der Schwerpunkt des Rechts, ja seine Existenz, allein in dessen äußeres Zeichen, den Eintrag, gesetzt ist.

Wenn es nun feststeht, daß der Grund, aus welchem eine Sache ins Pfandverhältniß kommt, das Sicherheitsbedürfniß für Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, so muß einleuchten, daß das Pfandverhältniß, so lange sein Zweck nicht realisirt ist, oder dessen Objekt untergegangen, von selbst nicht erlöschen kann, wie es denn auch geradezu unmöglich ist, daß das äußere Zeichen des Pfandnexus, der Eintrag, von selbst aufhört.

Die einzig consequente Erlöschung des Pfandnexus ist während bestehender Obligation die Einwilligung des Pfandgläubigers, Richterspruch oder Untergang der Sache.

Mit Erlöschung der Obligation hört das Pfandrecht von selbst auf, ohne daß es nöthig wäre, hiefür noch die Einwilligung des Gläubigers oder den Richterspruch einzuholen; es ist nur noch nöthig, das seinem Zwecke und seiner Natur nach unvergängliche äußere Zeichen zu tilgen, d. h. den Eintrag zu streichen.

Da aber nach allen neuern Pfandsystemen ein Pfandrecht nur in Verbindung mit dem Eintrag bestehend gedacht werden kann (Ausnahmen, wie das gesetzliche Pfandrecht, und Brauers 4. Classe werden auch bei uns vielleicht verschwinden und das Prinzip der Publizität einstens siegreich durchdringen!), so wird durch die Vorschrift des L.R.S. 2154 mit dem Eintrag auch das Pfandrecht unwirksam, wenn ersterer 10 Jahre gedauert hat, ohne daß auch die geringste Rücksicht auf das Bestehen der Obligation, deren Erfüllung sie sichern soll, genommen wäre. Diese graß positive Vorschrift, aus Zweckmäßigkeitsrücksichten hervorgegangen, ist mit Hintansetzung der civilistischen Natur des Pfandrechtes in diese wichtige Materie eingeschoben, befriedigt aber nicht das Bedürfniß, dem damit begegnet werden sollte, da ihre Durchführung mit fast eben so vielen oder oft mehr Umständen verknüpft ist, als das Nachschleppen älterer Einträge.

Man wollte durch diese Vorschrift für den Schuldner und Pfandbesitzer sorgen, und zugleich die Rechtssicherheit des Gläubigers im Auge behalten.

In Baden hat man diesen Satz als inconsequent und kostspielige Weiterungen herbeiführend, aufgehoben, aber dabei das Interesse des Schuldners oder Pfandbesitzers ganz vernachlässigt, indem man ihm überläßt, die auf seinen Gütern haftenden Pfandeinträge, aus öffentlich rechtlichen Gründen gemacht, in den für das Privatrecht gegebenen Prozeßformen zu beseitigen.

Der aus dieser Unterlassungssünde hervorgegangene, naturgemäß gewachsene Zustand unserer Grund- und Pfandbücher hat viele sachkundige Männer auf den Gedanken geführt, die Wiederherstellung genannten L.R.S. 2154 als das einzige Licht- und Rettungsmittel aus dem Chaos herbeizuwünschen.

Allein nicht die Aufhebung des L.R.S. 2154 ist an dem Zustande schuld, sondern wie gesagt, der Umstand, daß an die Stelle einer aufgehobenen Bestimmung eine neue, zweckmäßige nicht gesetzt wurde. Man mochte vielleicht eine solche für entbehrlich halten, aber es genügt gewiß die seitherige Erfahrung um diese Meinung ad absurdum zu führen.

Es ist indeß schon hie und da von sehr sachkundigen Fachmännern und besonders in letzter Zeit von einer dem Pfandwesen berufsgemäß sehr nahe stehenden Feder eine Reihe von Vorschlägen zur Abhilfe gemacht worden, und es wurde dabei als zur Vereinfachung führend, die Vereinigung des Grund- und Pfandbuchs angeregt. Es empfehlen sich auch sehr die in diesem Buche zum Zwecke der Entfernung alter Einträge gemachten Vorschläge (Aufstellung von Vermuthungen, auf welche sodann Verjährungsfristen gebaut sind), und es wäre gewiß zu wünschen, daß in Bälde ein Gesetz erschiene, welches hier gründliche Abhilfe leistete, und erlaubte eine gleichzeitige Reinigung aller Grund- und Pfandbücher des Landes zu beginnen, und sodann für alle künftige Fälle ein einfacheres Verfahren für gerichtliche Pfandstriche einzuführen und so mit der unvollkommenen Vergangenheit in dieser Branche für immer zu brechen.

Die Erfahrungen, welche die Pfandschreiberei und die um Strichverfügungen angegangenen Gerichte machen, haben gelehrt, daß die ganze Schwierigkeit in der Regel darin besteht, daß man von der Existenz des Pfandgläubigers oder seinem Aufenthalt, oder wer und wo seine Erben sind, nichts mehr weiß; d. h. daß eben die in dem

L.R.S. 2148 Abs. 1. und 2152 gegebenen Vorschriften in der Regel gar nicht beachtet oder befolgt werden.

In der genauen und strengen Durchführung dieser Gesetzesbestimmung, die vielleicht namentlich etwas ausführlichere Vorschriften darüber enthalten dürfte, was bei Ortsveränderungen des Gläubigers von diesen, oder bei dem Tode desselben von seinen Erben u. s. w zu thun ist, läge meines Erachtens die regelmäßigste gesetzliche Abhilfe und der einfachste gesetzliche Schutz des Pfandgläubigers wie des Pfandbesitzers.

Die den Pfandgläubigern in dieser Richtung zu machenden Auflagen müßten etwa bei Vermeiden, daß sonst ohne Weiteres öffentliche Vorladung erginge, oder daß Verzicht auf das Pfandrecht angenommen würde, gemacht sein.

Beständen nun daneben noch rechtspolizeiliche Anordnungen, wodurch bei allen geeigneten Anlässen durch die einschlägigen Behörden, sowohl Gläubiger als Schuldner, auf die Folgen der unterlassenen Ausstreichung eines Pfandeintrages bei erloschenen Verbindlichkeiten aufmerksam gemacht würden, so würde die Rückkehr eines Zustandes, wie er heute ist, nicht mehr zu befürchten sein.

Daß nun die hier berührten Bestimmungen über den Wohnsitz des Pfandgläubigers das einzige geeignete Mittel sind, um erforderlichen Falles ein erloschenes Pfandrecht auch im Eintrage zu beseitigen, dürfte durch das Gesetz theils nachgewiesen sein, theils aber ergibt sich die Nothwendigkeit dieses Mittels ferner aus der Betrachtung, daß der Schuldner, sei er nun Verpfänder oder dritter Besitzer, nach erloschener Obligation oder auch während deren Bestehen (L.R.S. 2101) das Recht hat, gegen den Gläubiger zu klagen und zwar auf (symbolische) Rückgabe des Pfandes, während der Gläubiger gar kein Interesse hat, den Wohnsitz des Schuldners zu kennen, da ihm das Pfandobjekt nicht entgehen kann.

Beide sind also in ganz verschiedener Lage. Der Schuldner hat nun auf Erfüllung einer Förmlichkeit zu klagen, um ein Etwas zu beseitigen, das civilistisch schon untergegangen ist, dessen bloße Hülle und übergebliebene Gestalt aber das Bestehen der materiellen Grundlage — des Pfandrechts — aller Welt verkündet.

Wollte man dem Schuldner überlassen den wirklichen Wohnsitz des zu belangenden Pfandgläubigers ausfindig zu machen, wie dieß jedem andern Kläger auch überlassen bleibt, so läge darin offenbar eine übermäßig strenge Behandlung des Schuldners, gegenüber der, die das Gesetz dem Gläubiger angedeihen läßt.

Es ist deßhalb nicht nur zweckmäßig, sondern auch allein gerecht in das Hypothekensystem, falls es nicht überhaupt gänzlich reformirt werden sollte, Bestimmungen aufzunehmen, welche in prozessualischer Beziehung Gläubiger und Pfandschuldner gleichstellen, indem sie dem letztern jederzeit möglich machen, seinen Beklagten zu finden.

Bevor zur Darstellung des nach den bestehenden Gesetzen nur allein anwendbar scheinenden Verfahrens in allen zur Cognition des Richters kommenden Pfandstrichsklagen übergegangen wird, dürfte es nicht ungeeignet sein, die Gründe möglichst vollständig anzuführen, aus denen der Strich eines Pfandeintrags begehrt werden kann. Dieselben sind in L.R.S. 2160 summarisch angegeben; eine ausführlich systematische Zergliederung des Satzes wird etwa zur folgenden Darstellung führen.

I. Nichtigkeit des Pfandeintrages.

A. Materielle Mängel:

1) An subjectiven Voraussetzungen:

a) Mangel an Rechtsfähigkeit. Verpfändung durch Unmündige und Interdizirte, oder durch deren Vertreter ohne die vorgeschriebenen Formen.

Da im ersten Fall eigentlich gar keine Verpfändung besteht, so kann der Verpfänder immer — auch nach 30 Jahren noch — den Strich begehren.

Zachariä II. S. 304. L.R.S. 1108 Abs 2.

Geschah die Verpfändung durch den gesetzmäßigen Vertreter, Vormund oder Pfleger, ohne die hiefür vorgeschriebenen Formen und beziehungsweise Genehmigung, so erlangt sie beim Unmündigen nur nach Ablauf von 10 Jahren, von dessen Volljährigkeit an gerechnet, Unumstoßbarkeit, beim Interdizirten aber nie; und so kann nicht nur er selbst nach Aufhören der Interdiktion, sondern auch der Pfleger, immer auf Strich des Unterpfandes klagen. L.R.S. 1304 ff.

b) Beschränkte Handlungsfähigkeit. Verpfändung durch Minderjährige und Ehefrauen ohne Ermächtigung. Diese können innerhalb 10 Jahren nach erlangter vollständiger Handlungsfähigkeit den Strich begehren.

c) Wegen mangelnder giltiger Einwilligung, Zwang, Irrthum, Betrug. L.R.S. 1109. 1111. 1116.

Hier ist gleichfalls innerhalb 10 Jahren, von Aufhörung des Hinderungsgrundes an, die Pfandstrichsklage zulässig.

2) Mangel an objectiven Erfordernissen:

a) Mangel eines Verpfändungsaktes, oder diesen gesetzlich vertretenden Verhältnisses, d. h. daß der Eintrag ohne Rechtsursache gemacht sei. Wo z. B. ein Pfandeintrag zur Sicherung eines Darlehens gemacht wäre, ohne daß der Entleiher wirklich verpfändet hätte; wo ein Urtheil eingetragen wäre, das gar nicht erlassen wurde; wo ein gesetzliches Unterpfand eingetra- würde in Fällen wo das Gesetz ein solches nicht gibt, z. B. für Abwesende, Wahnsinnige ꝛc. Wo der Kaufpreis einer Liegenschaft von Amtswegen ins Pfandbuch vorgemerkt wird gegen die Vorschrift des badischen Zusatzes zu L.R.S. 2108.

b) Wo es dem Verpfänder am Eigenthum der verpfändeten Sache fehlt, wohin auch der Fall gehört, wenn ein Conventionalpfand auf künftige Liegenschaften (mit Ausnahme des im L.R.S. 2130 enthaltenen Falles) eingetragen worden wäre.

c) Wo keine Schuld oder ein sie ersetzendes Verhältniß besteht.

Da jeder Pfandvertrag nur ein accessorium zu einer Hauptverbindlichkeit ist, so versteht es sich von selbst, daß beim Mangel einer solchen der Verpfändungsakt und der Eintrag nichtig ist. Es ist dabei einerlei, ob eine Schuld überhaupt nicht besteht, oder ob sie zwar besteht, dem Anscheine nach, in Wahrheit aber, nichtig oder anfechtbar ist.

Eine Klage auf Pfandstrich kann daher mit der Anfechtung der Hauptverbindlichkeit beginnen, und den Strich des Eintrages folgeweise fordern.

Daß eine solche Nichtigkeitsklage, weil sie den Strich eines Pfandeintrages bezweckt, nicht schon eine dingliche Natur hat, versteht sich, nach dem früher Gesagten, von selbst.

B. Formelle Mängel:

wo aus der Form des Eintrags nach L.R.S. 6 k die Ungiltigkeit des Eintrags oder Verpfändungsaktes hervorgeht; eine reiche Casuistik findet sich in Thilo franz. Civilrecht II. ad Art. 2148. 2129, wo auch zahlreiche Quellen angegeben sind. Auch oberhofg. Jahrb. XIX. S. 222.

Eine solche Ungiltigkeit in formeller Beziehung ist auch vorhanden, wenn das Pfandgericht nicht gehörig besetzt ist. 1. Einf.Ed. §. 25 und 26.

II. Erlöschung des Pfandrechts.

Nach der Verpfändung eingetretene Ursachen.

1) Veränderungen des Verhältnisses zwischen Verpfänder und Pfandobjekt:

a) Hieher gehört vor Allem der Fall, wo ein generelles Unterpfand auf Güter, die mehreren Erben zusammen gehörten, vor der Erbtheilung auf den Namen eines Erben eingetragen wurde, und dieser Erbe auf die Erbschaft verzichtete oder keinen, oder nur einen Theil der belasteten Güter erhielt. L.R.S. 883.

b) In allen Fällen des dominium revocabile ex tunc, z. B. bei Ausübung des Wiederkaufsrechts, des Rechtsmittels wegen laesio enormis, wo der Zwischenbesitzer eine Pfandlast aufs Gut gelegt hätte. Solche Fälle des widerruflichen Eigenthums sind noch in den L.R.S.S. 132 ff. 559. 577 c f, c i. 729. 843. 883. 887. 901. 909. 929. 960. 963 ꝛc.

2) Veränderungen im Schuldverhältniß.

a) Erlöschung der Schuld wegen der das Pfand bestellt war, durch Zahlung, Rechtswandlung, Hinterlegung und andere gleichgeltende Vorgänge; richterliches Urtheil, Verjährung; Aufhebung der Vormundschaft und Vermögensausfolgung.

(Fortsetzung folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. **Jahrgang XXV.** **No. 36.**

I.

Ueber richterliche Pfandstrichsverfügungen.

(Fortsetzung.)

Anmerkung III.

Die französischen Schriftsteller und Gerichtshöfe sind darüber einig, daß alle und jede Klage des Mündels gegen seinen Vormund in 10 Jahren von der Volljährigkeit an, erlösche, also auch die auf Rechnungsstellung und Ausfolgung des Vermögens. Diese Verjährungszeit ist nach richtiger Meinung aber nur eine Frist (déchéance) und deßhalb, wie die Restitutionsfrist des römischen Rechts ein tempus continuum ratione initii et cursus, d. h. sie läuft vom gesetzlich bestimmten Zeitpunkt an, ohne eine Unterbrechung zu erleiden, und ebendeßhalb ist auch der Richter berechtigt, ohne ein Vorschützen dieser Verjährung abzuwarten, eine zu spät angestellte Klage abzuweisen.

Da nun das gesetzliche Pfandrecht nur für etwaige Ansprüche des Mündels an den Vormund besteht, solche nach 10 Jahren aber gar nicht mehr geltend gemacht werden können, so muß auch das Pfandrecht, das nur zur Sicherung dieser Ansprüche besteht, von selbst aufhören.

Es entsteht nun die Frage, ob nicht etwa der Richter, wenn ihm aus öffentlichen Urkunden (bürgerlichen Standesbüchern) der Beweis geliefert wird, daß der Mündel, zu dessen Gunsten ein Pfandrecht besteht, schon über 10 Jahre volljährig ist, den Strich des Eintrags, ohne denselben zu hören, befehlen kann. Diese Frage dürfte zu bejahen sein.

b) Wo ein das Bestehen eines Schuldverhältnisses aussprechendes Urtheil ins Pfandbuch zum Behufe der Erwirkung eines richterlichen Unterpfandsrechtes eingetragen war, welches dann im Wege der Restitution oder Appellation (Richtigkeitsbeschwerde) aufgehoben oder abgeändert wurde.

3) Ausscheiden eines Gutes aus dem Pfandnexus durch besondere Gesetzesbestimmung.

a) Wenn auf Grund des L.R.S. 2101 die Minderung des Unterpfandes, beziehungsweise Befreiung einzelner Güter gefordert wird.

Wenn im L R S 2143 dem Vormund und im folgenden Satze dem Ehemanne die Befugniß eingeräumt ist, das gesetzliche, alle seine Güter umfassende Unterpfandsrecht durch die Obervormundschaft beschränken zu lassen, und wenn im II. Einf.-Ed. §. 28 das hier zu beobachtende Verfahren als polizeiliches der Administrativbehörde zugewiesen wird *), so erscheint dieß nur konsequent und ist auch im neusten provisorischen Gesetze nicht geändert. Dieß darf aber wohl den Vormund nicht hindern auch den Rechtsweg zu betreten, da die Bestimmung des L.R.S. 2161 allgemein auf alle generellen Unterpfänder sich bezieht.

Das polizeiliche Verfahren wird sonach da eintreten, wo ein Vormund oder Ehemann gleichsam im Wege freier Vereinbarung von der Obervormundschaft die Beschränkung verlangt, und diese für den Mündel als gesetzliche Vertreterin, wie Privatperson mit Privatperson im gewöhnlichen Verkehr handelt. Wo aber der Vormund oder Ehemann von dieser gesetzlichen Vertretung die Reduction nicht erlangen kann, da muß ihm, wie dem Schuldner,

*) Hierüber auch das Generale großh. Justizministeriums, abgedruckt im Jahrgang 20 No. 21 dieser Blätter.

auf dessen Gütern ein richterliches Unterpfand ruht, und dem von seinem Gläubiger die Beschränkung verweigert wird, frei stehen, die nunmehr streitig gewordene Befugniß auf Grund des L.R S. 2161, und zwar vor dem **Richter** zur Entscheidung zu bringen. Hier kann von einem polizeilichen Verfahren die Rede nicht mehr sein, hier steht der Einzelne dem Einzelnen gegenüber und der Vormund verlangt vom Mündel — dem natürlich ein tutor ad hoc zu bestellen ist, aus Gründen des Privatrechts die Beschränkung seines Pfandrechts. Hier handelt es sich nicht mehr um öffentliches Interesse, da nur die Sorge für Erhaltung des Vermögens die Obervormundschaft zur Bestellung solventer Vormünder veranlaßt. Ist einmal diese Sicherheit vorhanden und steht sie mit dem Mündel oder Frauengut nach Ansicht der Vormundschaftsbehörde in richtigem Verhältnisse, so ist die Aufgabe gelöst, und die Obervormundschaft überwacht nur noch die Dispositionen über das Vermögen und die Sicherheit desselben, als solche hat sie das Recht, die Sicherheit nach Ermessen zu vermehren oder zu vermindern. Gleichwie aber die Obervormundschaft in andern Angelegenheiten des Mündels, z. B. Streitigkeiten wegen Forderungen ꝛc. nicht Recht zu sprechen hat, ebensowenig steht es ihr zu, wenn der Vormund die Nothwendigkeit einer so oder so großen Sicherheit bestreitet und auf Grund des L.R.S. 2161 die Minderung begehrt, zu entscheiden.

b) Wenn der Pfandgläubiger in die Veräußerung des Pfandobjectes gewilligt hat; dies thut er nach L.R.S 2180a schon dann, wenn er eine Veräußerungsurkunde, die sein Pfandrecht nicht vorbehält, auch nur als Zeuge unterzeichnet. (Hiedurch sind für uns die bekannten Controversen im franz. Rechte entschieden.)

c) Wenn der 3. Besitzer ein verpfändetes Grundstück 10 Jahre lang inne hatte, und dessen Rechtstitel ins Grundbuch eingetragen war,

Anmerkung IV.

Hieher gehört auch der Fall des L.R.S. 559, wo ein beträchtlicher und kenntlicher Theil eines verpfändeten Gutes durch Stromesgewalt abgerissen und einem untern oder gegenüberliegenden Gute zugewachsen ist. Der neue Besitzer gilt wie ein anderer Erwerber, er verjährt in 10 Jahren von der Besitzergreifung an (er allein ohne Eintrag ins Grundbuch.) Boileux ad art. 2180 und Troplong (comment. No. 878), glauben aus diesem Satze ableiten zu müssen, daß der neue Besitzer schon nach Ablauf eines Jahres die Pfandfreiheit ersessen hätte. Allein diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des Wesens dieser einjährigen Frist und auf der Annahme, daß das Pfandrecht ein dingliches Recht sei, dessen Versitzung pari passu mit der Eigenthumsersitzung (dafür halten sie die einjährige Frist) gebe.

Dies Jahr aber, in welchem der Besitzer des abgerissenen Grundstückes dasselbe wieder in Anspruch nehmen kann, ist nämlich keine Verjährungszeit zur Ersitzung, sondern es ist nur eine Frist (déchéance) innerhalb welcher derjenige, der das Stück (auf loyale Weise) verlor, dasselbe wieder vindiziren kann.

Wie aus der Stellung des Art. 559 hervorgeht, ist der Erwerb des abgerissenen Stückes ein Zuwachs, und deßhalb ein originärer Erwerb, dessen Befestigung nicht noch einer Acquisitivverjährung, wie z. B. beim Kauf a non domino bedarf. Nöthig ist vielmehr zu diesem Erwerb nur, daß der Zuwachs auch wirklich erfolgt sei, d. h. daß eine feste Vereinigung beider Grundstücke stattgefunden habe, und es wird deßhalb die gesetzliche Dichtung aufgestellt, daß dieß in Jahresfrist der Fall sei.

Dieß Kapitel des Landrechts ist offenbar dem römischen Rechte entlehnt und dort wird auch zur Vollendung der accessio gefordert, daß eine dauernde physische Vereinigung stattgefunden habe (l. 7. §. 2 de acquirendo rerum dominio 41. 1), „si radices egerint.“

Da aber der neue Besitzer nur erst als Eigenthümer gelten kann, wenn eine Vindikation gegen ihn nicht mehr angestellt werden kann, so kann für ihn auch nur erst jetzt, wo er durch definitiven Besitz Schuldner ist, die Verjährung der Pfandlast beginnen, jedoch so, daß diese Frist, wenn innerhalb Jahresfrist das Stück nicht gefordert wird, vom Tage der Anschwemmung zu rechnen ist.

ohne daß der Pfandgläubiger seine Rechte aus dem Pfandeintrag ihm gegenüber gerichtlich oder durch Notariatsakt (öffentlich beurkundete Aufforderung) geltend gemacht hätte. Derartige Aufforderungen an den **Schuldner selbst** schaden dem dritten Besitzer nicht.

In diesem Falle hat der dritte Besitzer das Recht den Strich des Pfandeintrages zu begehren.

Dabei darf aber, und darauf wird wohl hier zum ersten Male aufmerksam gemacht, trotz der gegentheiligen Annahme der römischen und französischen (hiezu rechne ich auch die unsern) juristischen Schriftsteller und Rechtslehrer nicht sowohl an eine Acquisitiv- als vielmehr an eine Extinktivverjährung gedacht werden, die s. g. Ersitzung der Pfandfreiheit muß als mit der Natur des Pfandrechts unvereinbar fallen.

Wie oben (Anmerk. II) ausgeführt, ist das Pfandrecht kein dingliches Recht, d. h. kein Bestandtheil des vollen Inhalts von Rechten, die der Eigenthümer an seiner Sache hat, und da man nur solche Bestandtheile des dinglichen Rechtes ersitzen oder versitzen kann, ist es klar, daß das Pfandrecht, oder die Freiheit davon weder versessen noch ersessen werden kann.

Der dritte Besitzer kann vielmehr nur das Schuldverhältniß in das er just durch den Besitzerwerb des Grundstücks eintrat, verjähren, wie ein jeder Schuldner seine vertragsmäßige Verbindlichkeit verjähren kann. Daß dies beim dritten Besitzer schon in 10, beziehungsweise 20 Jahren geschieht, während in andern Schuldverhältnissen die längste Verjährungszeit 30 Jahre ist, ist nicht sowohl ein Beweis für die Dinglichkeit des Pfandrechts als vielmehr höchstens dafür, daß hier ein bei der Acquisitivverjährung wiederkehrender Umstand vorhanden ist.

Wer ein Schuldverhältniß begründete, wird nie angenommen werden können als ein solcher, der über das Nichtbestehen dieser Verbindlichkeit in bona fide ist; da jeder die Folgen seiner eigenen Rechtshandlungen oder der seiner Rechtsvorfahrer kennen muß. Deßhalb verjähren derartige Verbindlichkeiten gegen den Schuldner selbst in 30 Jahren erst; gleich wie auch die 30jährige Acquisitivverjährung für bösgläubige (mangelhaft betitelte) Besitzer besteht.

Sowie man aber für titulirte gutgläubige Besitzer eine kürzere Zeit zum Eigenthumserwerb 1 und 3 Jahre *), und 10 beziehungsweise 20 Jahre für hinreichend hielt, so könnte auch für solche Schuldner, die vom Bestehen der Schuld nichts wissen (in bona fide sind), die 10 und beziehungsweise 20 jährige Verjährung als hinreichend gelten.

Und es ist allerdings hier nicht allein möglich, sondern der regelmäßige und einzelne Fall, daß der Schuldner, der durch den einfachen Besitz des verpfändeten Gutes Schuldner wird von den darauf befindlichen Pfandlasten nichts weiß, denn nach der Annahme des Gesetzes hindern die Pfandeinträge die bona fides nicht, weil sie ja auch erloschen sein können.

(Stabel, Vorträge über das Pfandrecht S. 26.)
L.R.S. 2180.

Hat aber der Pfandgläubiger seine Ansprüche während der 10 Jahre (gerechnet vom Tage des Eintrages des Eigenthumserwerbs ins Grundbuch), sein Pfandrecht auf die oben beschriebene Weise einmal geltend gemacht, also den Besitzer in malam fidem versetzt, tritt die gewöhnliche Extinktivverjährung von 30 Jahren ein. Diese gerichtliche oder öffentlich beurkundete außergerichtliche Anforderung ist also keine Unterbrechung der begonnenen Verjährung, sonst müßte von da an wieder eine 10- oder 20jährige beginnen können, sondern sie ist vielmehr ein Hinderniß, welches diese Verjährung unmöglich macht, indem sie den Besitzer in malam fidem versetzt, wodurch dieser Besitzer in die gleiche Lage wie der ursprüngliche Schuldner kommt, d. h. erst in 30 Jahren die Schuld verjähren kann.

Arg. L.R.S. 1139, vrgl. mit 2242 cap. ult. X de praescr.

Was übrigens den Anfangstermin dieser 30 Jahre betrifft, so versteht es sich wohl von selbst, daß überall da, wo die Anforderung des Pfandgläubigers zugleich eine zivilistische Unterbrechung der Verjährung enthält, L.R.S. 2242, dieselbe erst von hier an läuft, während wenn eine einfache Versetzung in malam fidem (L.R.S. 1130) darin zu erblicken, die Verjährung mit dem Tage der Grundbuchseintrags Begründung der Obligation läuft.

Anmerkung V.

Zachariä, welcher noch an der Ersitzung der Pfandfreiheit festhält, ist deßhalb genöthigt, dabei stattfindende Eigenthümlichkeiten aufzuführen, dabei erwähnt er aber in einer Note zum §. 293, daß Bazeille, Delvincourt, Grenier und Troplong gegen seine Ansicht, hier eine bloße Verjährung annehmen.

Man hat sich, namentlich auch im römischen Recht, darum lange gestritten, was hier bei der Ersitzung der Pfandfreiheit bona fides und justa causa heiße. Man hat unter Anderem auch die Behauptung aufgestellt, daß die 10 beziehungsweise

*) Im ältern röm. Recht.

20 jährige Pfandfreiheitsersitzung geradezu mit der Acquisitivverjährung — usucapio — zusammenfalle und die Erfordernisse eigentlich nur für die letztere vorhanden sein müßten. Diese, so lange herumgeschleppte Controverse schlichtet sich augenblicklich, wenn die Idee von der Dinglichkeit des Pfandrechtes aufgegeben wird. Nehmen wir dem Pfandrecht seine Dinglichkeit, und halten wir fest, daß nur der Besitz des Pfandgegenstandes den Inhaber zum passiven Träger einer obligatio macht (vorausgesetzt natürlich daß er animo domini besitzt) so versteht es sich von selbst, daß er nicht ein bisher dem Gute gemangeltes dingliches Bestandtheilchen, wozu man die Pfandfreiheit machen wollte, durch einen Zeitablauf ersitzen, sondern daß er nur die ihm überkommene Obligation durch Verjährung erlöschen lassen kann.

Kommt daher Jemand in den Usucapionsbesitz einer Liegenschaft, wird aber beweislich, alsbald von dem Dasein des Pfandnexus in Kenntniß gesetzt (feierlich zur Zahlung aufgefordert) so mag er zwar das Eigenthum der Sache ersitzen, da er dafür eine justa causa und eine bona fides hatte, immer aber wird er, wie ein mit der Obligation Unbekannter, dieselbe in 10 Jahren verjähren. Hier fällt also Pfandfreiheit nicht zusammen mit dem Eigenthumserwerb. Denn ein je besseres Recht er an der Sache gewinnt, ein um so festeres Schuldverhältniß entsteht mit dem Pfandgläubiger. Dabei versteht es sich von selbst daß, wer die Pfandfreiheit ersitzen will, neben den hiefür erforderlichen auch die nöthigen Voraussetzungen zur Eigenthumsersitzung erfüllen muß, denn wäre das nicht der Fall, und würde der Besitzer durch Eviktion des Gutes verlustig, so bedürfte er natürlich der Pfandfreiheit nicht mehr.

Zur Erwerbung der Pfandfreiheit gehört also nur bona fides in Betreff der Pfandlast. Der Mangel an bona fides zur Eigenthumsersitzung schadet dem Usucapienten nur einem Vindikanten des Gutes selbst, gegenüber.

Es wäre auch in der That sonderbar, wollte ein mit der Pfandklage angegriffener Besitzer sich damit schützen, daß er einredete, er habe das Grundstück von einem, den er für den Eigenthümer gehalten (bona fide) in einem formell giltigen Vertrage gekauft. Der Kläger würde sich zu diesem Geständnisse nur Glück wünschen können, da er jetzt sicher wäre, seinen Mann, nämlich den Eigenthumsbesitzer seines Pfandobjekts, gefunden zu haben. Die Einrede müßte vielmehr so lauten: „Ich bin 10 Jahre grundbuchmäßiger Eigenthümer und nie wurde an mich die Zahlung der Pfandlast verlangt.“

So gewiß es also ist, daß die Vindikation und die Pfandklage auf ganz verschiedenem Grunde, erstere auf dem Eigenthum und letztere auf der obligatio beruhen, so gewiß ist es auch, daß zweierlei Verjährungen, d. h. eine Ersitzung und eine Versitzung dabei stattfinden, die ihre besonderen Erfordernisse haben. Damit, daß die s. g. Pfandfreiheitsersitzung verworfen wird, beantwortet sich auch die Frage nach der Statthaftigkeit der accessio temporis, welche bei der Extinktivverjährung — eine solche liegt hier vor — nicht möglich ist. Da die Obligation des Pfandbesitzers erst durch den Besitzantritt kontrahirt wird, und es sich nicht denken läßt, daß eine Obligation neu begründet wird, an deren Existenz schon mehre Jahre fehlen (wenn der Verkäufer einige Jahre im Verjährungsbesitz war) so muß man (gegen Zachariä) zur Ansicht kommen, daß nur der allgemeine Rechtsnachfolger den Besitz, d. h. die unter seinem Rechtsvorfahr abgelaufene Verjährungszeit, für sich anführen darf, da er dessen Rechtspersönlichkeit überhaupt fortführt, und in ihm die obligatio nicht erst neu begründet zu werden braucht.

Endlich wird noch darauf aufmerksam gemacht, daß von einer Ersitzung der Pfandfreiheit, wenn man als bona fides die Unbekanntschaft mit dem Pfandrecht ansieht, deßhalb keine Rede sein kann, weil zur Ersitzung vor allen Dingen Besitz, und zu diesem der animus rem sibi habendi gehört, der nicht möglich ist, wenn man nicht einmal von der Nothwendigkeit der Ersitzung, d. h. von dem Pfandrechte etwas weiß. Deßhalb kömmt Stabel, mit sich in Widerspruch, den Zachariä zwar vermeidet, dafür aber in einen von Stabel ihm nachgewiesenen verfällt.

d) Wenn ein verpfändetes Gut im Vollstreckungswege versteigert wird und der Steigerer darthut, daß er nach Verweisung bezahlt habe, so werden die Pfandlasten zu Gunsten sämmtlicher zur Versteigerung ordnungsmäßig vorgeladenen Pfandgläubiger auf Antrag des Steigerers gestrichen.

Da nach Ablauf eines Jahres vom erfolgten Zuschlage an, selbst die nicht vorgeladenen Gläubiger das ihnen innerhalb des Jahres zu Gebote gestandene Recht zur Nachbietung noch verloren haben, so fällt, wenn ein solcher Antrag nach diesem Jahre gestellt wird, die Prüfung, ob die Gläubiger alle vorgeladen waren, hinweg, und der Richter kann sich darauf beschränken, die Loyalität des Versteigerungsakts, in den Verweisungen, sowie die Zahlungsnachweisung zu prüfen.

§. 1023 der Pr. O. §. 133 der Justizministerialverordnung vom 15. November 1851. (Anwendung der l. 6 C. de rem. pignor. 8, 26).

Da sich weder das Gesetz noch die erwähnte Verordnung darüber ausspricht, auf Weise die nach der Verweisung geschehene Zahlung des Kaufpreises zu geschehen habe, so bestehen darüber ebenfalls verschiedene Ansichten und Verfahrungsweisen. Denn während manche Praktiker sich mit einfachen Privatquittungen der verwiesenen Pfandgläubiger begnügen, verlangen andere Quittungen in öffentlicher Form, oder doch beglaubigte Unterschriften, und wieder andere glauben einfach und sicher zu gehen, wenn sie die verwiesenen Gläubiger vorladen und ihre Befriedigung zu Protokoll erklären lassen.

Es läßt sich auf der einen Seite nicht verkennen, daß vom Gesetze hiefür ein einfaches und kurzes Verfahren beabsichtigt war, und daß dem Steigerer keine besonderen Kosten aufgebürdet werden sollten, während auf der andern Seite, der verfügende Richter das Recht und die Pflicht hat sich über die geschehene Zahlung möglichst zu vergewissern. Nun ist aber oft ein Steigerer an 10—20 Personen verwiesen, die an verschiedenen Orten wohnen, und wenn man ihn nöthigen wollte, von allen diesen Quittungen in öffentlicher Form vorzuzeigen, so wäre der Steigerer gewiß in einer fatalen Lage und zu großen Ausgaben veranlaßt.

Ebensowenig kann aber den Gläubigern zugemuthet werden, einer Ladung des Richters Folge zu leisten, und sich, da ein Rechtsnachtheil nicht angedroht werden kann, einer polizeilichen Strafe wegen Nichterscheinens auszusetzen.

Unter diesen Umständen empfiehlt sich das von Mauchen vorgeschlagene Auskunftsmittel, daß man vom Steigerer begehrt, von den verwiesenen Pfand- und Vorzugsgläubigern vor dem Notar aufgenommene Pfandstrichsurkunden, die eine sehr billige Taxe haben, vorzulegen, und in Betreff des Nachweises über die etwa an ihn zur Zahlung verwiesenen Kosten (oft 10—12 Posten) sich mit einfachen Quittungen begnügt, da der Richter die Unterschriften der Empfangsberechtigten, z. B. Steuer- und Sportelkasse, Bauschätzer, Gerichtsvollzieher, Anzeigeblätter &c. in der Regel kennen wird.

Weil gesetzliche und richterliche, sowie auch in gewissen Fällen vertragsmäßige Unterpfänder alle gegenwärtigen und künftigen Liegenschaften eines Schuldners ergreifen, darf in den unter d) angeführten Fällen nicht der Strich der Pfandeinträge überhaupt, sondern nur in Bezug auf das oder die bestimmt zu bezeichnenden aus dem Zwangsverfahren erstandenen Güter verfügt werden, und die Pfandschreiberei hat in diesem Falle nicht sowohl zu streichen als gehörigen Orts die nöthigen Beisätze zu machen, d. h. daß sich der oder der Pfandeintrag auf das oder die Güter nicht mehr bezieht.

Weil aber dadurch schließlich eine unentwirrbare Complikation früher oder später entstehen muß, empfiehlt sich die Einrichtung, wo das Pfandbuch nur ein pendant des Grundbuchs ist, jedes Grundstück sein besonderes Pfandbuch hat, und wo die General- und stillschweigenden Hypotheken in der jetzigen Ausdehnung aufgehoben sind.

e) Wo ein dritter Besitzer eines Grundstücks zum Zwecke der außergerichtlichen Pfandbereinigung sich ein Pfandschreibereizeugniß geben ließ, kann er, wenn er später andere auf dem Gute haftende Pfandeinträge entdeckt, dem ihn deßhalb belangenden Gläubiger dieß einredend entgegen halten, und nöthigenfalls auch zur Pfandstrichs k l a g e benützen.

Der Gläubiger verliert hiedurch sein Pfandrecht, und hat nur einen Entschädigungsanspruch an das Pfandgericht.

Es wurde bereits in der Einleitung darauf hingewiesen, daß das Institut der Pfand- und Grundbücher, obgleich Pfandrecht und Eigenthum dem Privatrechte angehört, ein rechtspolizeiliches ist. Deßhalb zerfällt auch die Thätigkeit des um Pfandstrich angegangenen Richters in eine eigentlich richterliche und in eine rechtspolizeiliche.

Die erstere prüft und beurtheilt die Existenz des Pfandrechts, die andere namentlich die passive Sachlegitimation, ob den belangten Personen in specie und concreto das angegriffene Pfandrecht wirklich und allein zusteht, wenn auch weder Kläger noch Beklagter die Legitimation anzweifeln.

Der Richter hat das Interesse aller Derer zu wahren, zu deren Gunsten oder Kenntnißnahme das Pfandrecht besteht, und da dasselbe untheilbar ist, und der Eintrag dessen äußere Existenz bildet, an der jeder Pfandgläubiger, oder dessen Rechtsnachfolger, wenn sie nicht belangt sind, ihren fortbestehenden Antheil haben, so kann, so lange noch der kleinste intellektuelle Theil des Pfandrechts besteht, oder wenigstens zu bestehen scheint, der Richter den Strich des ganzen Eintrages nicht verfügen.

Wenn nun der Richter unter 2 Partieen über die Existenz des Pfandrechts entschieden hat, so hat er, was denn eigentlich doch in der Regel gefordert wird, noch nichts über den Eintrag verfügt, er hat höchstens gegen eine oder mehre bestimmte Personen deren Schuldigkeit ausgesprochen, den zu ihren Gunsten bestehenden Eintrag streichen zu lassen.

Kann und wird nun aber ein im Bewußtsein seiner Pflicht und Verantwortlichkeit handelndes Pfandgericht auf bloße Vorlage eines solchen Urtheils den Strich vornehmen? Es dürfte in manchen Fällen nicht gerathen, in allen aber unbefugt sein. Man denke sich in den Fall, daß mehrere Erben eines verstorbenen Pfandgläubigers auf den Strich belangt worden; kann dem Pfandgerichte die Untersuchung aufgebürdet werden, ob alle Pfandgläubigererben belangt und verurtheilt worden sind? Oder daß ein Urtheil auf Strich, gegen das noch Appellation oder Restitution möglich ist, als Grundlage eines Pfandstrichs genommen wird, und nachdem vielleicht der Strich geschehen, und andere Pfandrechte eingetragen, das gestrichene Pfandrecht als giltig erklärt würde. Die Erkenntnisse der Gerichte können nur der Prüfung und Abänderung durch das höhere Gericht unterliegen, ohne daß es jedoch dem Pfandgerichte zustände, solche zu veranlassen.

Da, wo es sich nicht um einen eigentlichen Rechtsstreit handelt, wo also auch kein förmliches Urtheil gegeben, sondern einfach der Strich verfügt wird, muß das Pfandgericht den ihm gewordenen Auftrag unweigerlich vollziehen; da aber, wo nur gegen gewisse Personen die Auflage ausgesprochen wird, den Eintrag streichen zu lassen, darf das Pfandgericht auf einfache Vorlage des Urtheils richtiger Ansicht nach den Strich nicht vornehmen, sondern es muß eine von der Partei nachzusuchende (Vollstreckungs-) Verfügung des Richters abwarten, die dieser nur nach genauer Prüfung der thatsächlichen und persönlichen Verhältnisse der Berechtigten und der Sachlegitimation geben wird. Dieser Verfügung mag eine Urtheilsabschrift als Beilage zum Pfandbuch angehängt werden. Der Richter wird auch, selbst nach durchgeführtem Rechtsstreit, diese Verfügung verweigern, wenn er Grund hat zu zweifeln, ob alle Berechtigten belangt oder mit dem Striche einverstanden, und ob, falls sie abwesend sind, die Vertreter hinlänglich legitimirt erscheinen. Bevollmächtigte müssen in öffentlicher Urkunde ernannt sein.

Das gerichtliche Verfahren zerfällt aber nach der Individualität der Fälle zunächst in das eigentlich gerichtliche, kontradiktorische, und in das außerordentliche, (causae cognitio). Das letztere findet überall da statt, wo der Richter schon aus der Beschaffenheit des Pfandeintrages und aus dessen Inhalt, die Ueberzeugung erlangt, daß derselbe unwirksam ist, oder, wo das Gesetz verfügt, daß durch einen besondern Vorgang, dessen Existenz unzweifelhaft vorliegt, ein Pfandrecht erloschen sei.

Hieher gehören die unter II 3 d und manche der unter I A 2 a und c, sowie manche unter B aufgeführten Fälle, die zu individualisiren hier zu umständlich wäre; statt vieler nur zwei Beispiele:

Es wäre für einen volljährigen Abwesenden auf die Güter des Abwesenheitspflegers von Amtswegen eine Vormerkung des von jenem verwalteten Vermögens geschehen, oder der Kaufpreis einer Liegenschaft durch das Pfandgericht ex officio im Pfandbuch eingetragen. In allen übrigen Fällen findet das kontradiktorische Verfahren statt, und nach den z. Z. bestehenden Gesetzen ist nur das ordentliche Verfahren, keineswegs ein summarisches, weder das reguläre noch das irreguläre, anwendbar.

Kläger ist der Verpfänder oder der dritte Besitzer.

Im Allgemeinen kann die Regel aufgestellt werden, daß der dritte Besitzer überall da die Pfandstrichsklage anstellen kann, wo dieß auch der Verpfänder könnte; denn der Pfandbesitzer hat nach Analogie des Bürgschaftsverhältnisses alle Einreden gegen eine Schuld, die auch der prinzipale Schuldner hätte, und sein Interesse als Besitzer der verpfändeten Grundstücke, auf Streichung des Eintrages zu klagen, dürfte deßhalb nicht bezweifelt werden können. Zu diesem Resultate müßte der Drittbesitzer auch durch Vermittlung des L.R.S. 1166 in den

Fällen gelangen können, wo die Gewährleistungsklage gegen den veräußernden Verpfänder ihm zur Befriedigung nicht verhelfen würde.

Außerdem kann der dritte Besitzer auch in den unter I. B. genannten Fällen die Klage auf Pfandstrich anstellen, wo es der Verpfänder nicht kann, weil die Formen für die Verpfändung und beziehungsweise den Eintrag nicht im Interesse des verpfändenden Schuldners, sondern nur zu Gunsten Dritter eingeführt sind.

Ein anderer, sei es nun ein vor- oder ein nachgehender Pfandgläubiger, hat der richtigen Meinung nach, weder ein Interesse noch ein Recht, eine Klage auf Strich irgend eines Pfandeintrages anzustellen, wie dieß Zachariä behauptet und für seine Meinung Troplong und Merlin anführt.

Anmerkung VI.

Zachariä glaubt (mit Troplong und Merlin wie er anführt), daß auch ein anderer Pfandgläubiger befugt sei, auf Löschung eines Pfandeintrages zu klagen. Allein offenbar mit Unrecht. Denn es läßt sich in der That kein Grund denken, warum das Interesse — und über das Interesse hinaus gibt es kein Recht — nicht vollständig durch eine Klage auf Vorgang oder Ungiltigerklärung ihm gegenüber, gefördert werden sollte.

Diese Ansicht Zachariäs läßt sich nur dann erklären, wenn man, wie dieser Schriftsteller freilich thut, den Pfandgläubiger zum Dinglichberechtigten macht, wodurch er dann allerdings legitimirt erscheint, der Sache wirklich zu Statten kommende Vortheile ihr zu verschaffen, dergleichen die Befreiung von (dinglichen Pfand-) Lasten sind.

Mit unsrer Ansicht über die innere Natur des Pfandrechts verträgt sich aber diese Theorie nicht. Eben so gut müßte der Gläubiger das Recht haben, gegen einen andern Gläubiger seines Schuldners auf absolute Ungiltigkeit des ihn zum Gläubiger machenden ohne Gefährde und Uebervortheilung zum Nachtheil anderer Gläubiger geschlossenen Rechtsgeschäftes zu klagen, während ihm doch, wie von Niemand bezweifelt wird, nur zusteht, gegen ein Rechtsgeschäft, welches betrügerisch abgeschlossen, oder auch nur seine erworbenen Rechte verletzt, d. h. die Befriedigungsmittel dafür nimmt oder schmälert, in der Weise und mit dem Antrag aufzutreten, daß solches ihm gegenüber als nicht bestehend erklärt werde.

Wenn die Ansicht Zachariä's richtig wäre, so müßte, da mit dem Eintrag auch das Pfandrecht auf's engste verknüpft ist, dem dritten Gläubiger freistehen, aus dem Grunde, weil er Mitpfandgläubiger ist, ein anderes Pfandrecht, obligatio accessoria, bei der er nicht die geringste Rolle spielt, aufzuheben, und einen Schuldner zu befreien, den er gar nicht gebunden hat, ohne daß es weder dem hiebei nicht interessirten Pfandgläubiger, noch dem Schuldner möglich wäre, diese Folge zu verhüten. Eine solche gegen alle Begriffe von Verträgen streitende Möglichkeit, L.R.S. 1134. 1165, müßte, wenn sie vorhanden sein sollte, sich auf spezielle Gesetzesbestimmungen stützen, die aber nirgends gefunden werden.

Beklagter ist der Pfandgläubiger oder seine Rechtsnachfolger.

Was die rechtliche Natur der Klage auf Pfandstrich anbelangt, so läßt sie sich am besten auffassen, als quasi actio pignoraticia contraria, d. h. auf (symbolische) Rückgabe des Unterpfandes, wie sie durch den Faustpfandvertrag (contractus pignoraticius) für Mobilien erworben wird.

Wie schon weiter oben erwähnt, richten sich die Gründe, aus welchen ein Pfandstrich verlangt werden kann, nach dem Civilrecht, wie sich das Verfahren nach den allgemeinen Bestimmungen der Civilprozeßordnung richtet. Es lohnte sich wirklich kaum die Mühe noch besonders davon zu reden, wenn nicht gewisse, fast in allen Fällen regelmäßig wiederkehrende Thatfragen Anlaß zu Verwicklungen gäben. Dahin gehören die wegen Zustellung oder Eröffnung der richterlichen Beschlüsse höchst wichtigen Fragen nach Existenz, Aufenthalt, Landesangehörigkeit des Pfandgläubigers oder seiner Erben.

Im Folgenden soll es nun versucht werden, alle Fälle, die hinsichtlich dieser Fragen vorkommen können, zu construiren und nach den maaßgebenden Momenten zu classifiziren, sodann soll für jede Classe die Zustellungs- und beziehungsweise Vertretungsmöglichkeit angedeutet werden:

1. Der Pfandgläubiger lebt, oder es sind wenigstens keine Gründe vorhanden, die den Tod desselben wahrscheinlich machen. (Der Tod wird nicht vermuthet.)

A. Derselbe ist anwesend, d. h. im Pfandschreibereibezirk, für uns, in der politischen Gemeinde.

Hier hat die Zustellung natürlich keine Schwierigkeit.

B. Er ist abwesend und zwar

A. Inländer:

α) einfach abwesend:

a) im Inlande, und sein Aufenthalt bekannt.

Hier ist die Zustellung ebenfalls einfach.

b) im Auslande, bei bekanntem Aufenthalte.

Hier wird nach Maaßgabe der bestehenden Staatsverträge, oder in Ermangelung solcher, nach bestem Wissen, die fremde Gerichtsbehörde wegen Zustellung requirirt. Wird solche verweigert, erfolgt öffentliche Vorladung. Pr.O. §. 258 Abs. 4.

c) Der Abwesende befindet sich zwar im Inlande, aber sein Aufenthalt ist zeitweilig unbekannt. Hier wird gemäß §. 260 der Pr.O. ein Prozeßpfleger ernannt, der die Vertretung des Abwesenden übernimmt. (Ueber Befugnisse und Pflichten des Abwesenheitspflegers: Annal. 1853 No. 21 [Brauer] und No. 25.) Das Gleiche findet statt, wenn es

d) ungewiß, ob sich der nur vorübergehend Abwesende im In- oder Ausland, ohne daß man weiß wo, aufhält.

Ist es aber

e) gänzlich unbekannt, ob der zu Belangende im Inlande oder Auslande abwesend ist, und kann seine Abwesenheit auch nicht als eine blos vorübergehende bezeichnet werden (wo z. B. der Gemeinderath des letzten bekannten inländischen Aufenthaltsorts, oder die Polizeibehörde bezeugt, daß man vom Betreffenden schon Jahrelang nichts mehr gehört, oder daß sein Name wie seine persönlichen sonstigen Verhältnisse dort gar nicht mehr bekannt seien, wo, nach dem Pfandeintrag der Wohnort sein soll; so erfolgt öffentliche Vorladung.

β) Unter besondern Verhältnissen abwesend.

a) Als Landstreicher verurtheilte oder in Untersuchung stehende Personen werden, wenn sie nicht sogleich an ihrem im Eintrage genannten Wohn- oder Aufenthaltsorte gefunden werden, alsbald öffentlich vorgeladen.

b) Die wegen eines Verbrechens oder Vergehens (Desertion und heimliche Auswanderung gehören ebenfalls hieher.) (VI. Const.Ed. §. 96.) im Inlande oder Auslande Flüchtige können ebenfalls durch öffentliche Vorladung zur Vernehmung aufgefordert werden. Pr.O. §. 258. 1. 2. 3.

γ) Er ist für verschollen erklärt, und sein Vermögen in fürsorglichen Besitz übergeben. L.R.S. 120 ff. Hier sind die Eingewiesenen zu belangen. L.R.S. 134.

δ) Ist der zu Belangende abwesend, hat aber einen Bevollmächtigten zurückgelassen, oder ist ihm nach § 10 des II. Eins.-Edikts ein Abwesenheitspfleger bestellt, so sind diese zu belangen; als Bevollmächtigter in Pfandstrichsklagen erscheint aber für den Beklagten nur der hinreichend legitimirt, welcher Spezial- oder Generalvollmacht in öffentlicher Urkunde besitzt.

B. Der zu Belangende ist Ausländer.

1) Schon zur Zeit des Pfandeintrages.

α) Einfach abwesend, d. h. von dem im Eintrag genannten Wohnort, oder nach Umständen von dem Pfandschreibereibezirk.

a) Sein Aufenthalt ist bekannt, und zwar entweder im Inlande, wo die Zustellung keine Schwierigkeit hat, oder im Auslande, wo sie durch Ersuchen geschieht, wie schon oben B A b berührt, oder wo diesem nicht entsprochen wird, öffentliche Vorladung erfolgt. Das Gleiche ist der Fall wo

b) dessen Aufenthalt unbekannt ist. P.O. § 259. (Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 37.

I.

Ueber richterliche Pfandstrichsverfügungen.

(Schluß.)

β) Unter besonderen Verhältnissen abwesend.

Gegen Landstreicher und Flüchtige findet öffentliche Vorladung statt. Pr.O. §. 259.

2) Wo ein Pfandgläubiger später die Eigenschaft als Inländer verlor, z. B. durch Auswanderung unter Aufgabe seines Staatsbürgerrechts, oder in Folge eines Vergehens und darauf den Verlust des Staatsbürgerrechts aussprechenden Erkenntnisses. L.R.S. 17. 19. 21. Wenn diese Verhältnisse hinreichend konstatirt sind, so wird der Abwesende wie unter B 1 behandelt.

II. Der Tod des Pfandgläubigers ist gewiß, oder es sind Umstände vorhanden, nach welchen derselbe gesetzlich vermuthet wird. L.R.S. 129. 129a.

1) Dessen Erben, und nach Umständen die Erben der Erben sind bekannt.

Diese Kenntniß erlangt der Kläger durch die bürgerlichen Standesbücher oder Theilungsakten.

Wo letztere nicht vorhanden oder zugänglich sind, wird die Klage gut thun, wenn sie zugleich die öffentliche Vorladung etwaiger Testamentserben oder Erbfolger begehrt.

Sodann treten die unter I. erörterten Fragen wieder in Vordergrund, und je nach den hienach ermittelten persönlichen Verhältnissen treten verschiedene Verfahrungsweisen ein, und es können demnach wegen eines Pfandeintrages alle Zustellungs- und Vertretungsarten vorkommen.

2) Die Erben sind ganz, oder theilweise unbekannt. Wenn bescheinigt ist, daß alle Mittel, die Erben des Pfandgläubigers bestimmt zu erfahren, vergebens erschöpft sind, tritt rücksichtlich der gänzlich unbekannt gebliebenen, öffentliche Vorladung ein. Ehe dies aber geschieht, wird der Richter oft durch zweckmäßige Belehrung des Antragstellers diesen zu geeigneten Nachforschungen erhalten.

Ann. VII. S. 324. Anmerk. d. Redakt.

III. Der Tod des Pfandgläubigers wird vom Kläger behauptet, oder bei der Kundschaftserhebung als gewiß oder wahrscheinlich angegeben, ohne daß indessen eine gesetzliche Vermuthung oder ein legales Dokument dafür spricht.

Z. B. der Pfandgläubiger soll in Amerika, wohin er ausgewandert, oder in Ungarn, wo er sich vor langer Zeit niederließ, verstorben sein.

In solchen Fällen ist es oft geradezu unmöglich, da man auch den Ort des letzten Aufenthalts nicht kennt, und allgemeine Erkundigungen in fernern Ländern, z. B. durch diplomatische Vermittlung zu kostspielig, umständlich und doch oft resultatlos wären, den Pfandgläubiger und beziehungsweise seine Erben zu ermitteln.

In diesen Fällen, die freilich wegen der häufigen Auswanderungen nicht so selten sind, als zu wünschen wäre, bleibt nun kein anderes Mittel, als öffentliche Vorladung und zwar in der Weise, daß dieselbe gegen den Pfandgläubiger und zugleich fürsorglich gegen dessen etwaige Rechtsnachfolger gerichtet wird.

Es liegt nun aber in der Natur der Sache, daß in der Regel, wenn solche Pfandstrichsklagen anhängig gemacht werden, die begehrende Partei, wenn sie nicht durch einen Anwalt vertreten ist, regelmäßig nicht die Merkmale angeben kann, nach welchem der Fall sich zum außerordentlichen oder ordentlichen Verfahren eignet, und welche Zustellungs- oder Vertretungsmöglichkeit im betreffenden Fall werde zur Anwendung kommen.

Es ist also Sache des Richters wie auch bei Instruktion anderer Prozesse, wo ihm gewissermaaßen die rechtsgelehrte Vertretung der Partheien anheim gegeben ist, die zur Aufklärung des Falles nöthigen Erhebungen durch sachdienliche Belehrung des Klägers zu veranlassen, und vor allen Dingen die Vorlage eines beglaubigten wörtlichen Pfand- oder Grundbuchsauszuges zu verlangen, wenn er nicht die Erhebung eines solchen oder die Vorlage des Buchs selbst vorzieht.

In dieser Richtung gegebene Belehrung und darauf erfolgte Erkundigungen der Partheien haben oft (wie mich die Erfahrung lehrte) das Resultat, daß ein thatsächlich verwickelt scheinender Fall sich einfach erledigte, oder das gerichtliche Verfahren überhaupt unnöthig wird.

Dabei ist es gewiß zweckmäßig, wiewohl gegen die sonst schon durchlöcherte Verhandlungsmaxime verstoßend, wenn der Richter in Fällen, wo die Parthei dazu unfähig, oder von ihren Bemühungen ein Resultat nicht zu hoffen wäre, selbst die zur Aufklärung des Falls nöthigen Kundschaftserhebungen — die sich indeß alle direkt oder indirekt, auf die von Amtswegen zu prüfende (Passiv-) Legitimation beziehen — anstellt, die Beweise und Bescheinigungen, soweit die Parthei sie nicht selbst erlangen kann, auf Kosten derselben erhebt; dadurch werden die Grundlagen der Sachbehandlung sicherer gefunden und die thatsächlichen Momente mehr in Gewißheit gesetzt, da in die Aechtheit und Richtigkeit der Bescheinigungen kein Zweifel wird gesetzt werden können.

Pr O. §. 249 vergl. mit 260.

Es kömmt zuweilen auch vor, daß zu Gunsten nun nicht mehr bestehender Korporationen, z. B. eingezogener unirter Fonds, oder von Gantmassen sich Einträge in Pfandbüchern befinden.

Wo Fonds gänzlich aufgehört haben, z. B. wegen Verlust des Vermögens rc., genügt die Nachweisung davon, welche von dem Oberkirchenrath und beziehungsweise der Kreisregierung wird erlangt werden können, um etwaige dritte Berechtigte öffentlich vorzuladen.

Bei unirten oder eingezogenen Fonds, wird sich in der Regel nachweisen lassen, wer sie einzog, und beziehungsweise mit welchem Fonds sie vereinigt wurden, und ist hier vom Stiftungsvorstande, und erforderlichen Falles von der vorgesetzten Verwaltungsbehörde die Strichbewilligung zu begehren, wofür eine besondere Verordnung das Nähere regelt.

Besteht aber eine Pfandlast zu Gunsten einer bereits vertheilten Gantmasse, so ist zu unterscheiden:

a) Die Gantmasse hat zu Gunsten einer Forderung an einen Dritten auf dessen Gut ein Pfandrecht erwirkt. In diesem Falle wird aus den Gantakten die Erlöschung der Forderung leicht zu ersehen sein, und erforderlichen Falls müßten die einzelnen Gläubiger belangt werden.

Dasselbe hat zu geschehen, wenn die Gantakten nicht mehr vorhanden sind, wo dann die etwa Berechtigten, so wie der Gantmann zu belangen wären. Ersterer und nöthigenfalls auch der letztere werden öffentlich vorgeladen, weil Namen und damit auch Aufenthaltsort der Gläubiger unbekannt ist.

b) Wo für aus der Gantmasse veräußerte Güter zur Sicherung des Kaufpreises Einträge von Pfand- oder Vorzugsrechten bestehen.

Hier tritt das unter II. 3) d) erwähnte Verfahren ein.

Fehlen hiezu die Grundlagen, z. B. Gantakten, oder Beweismittel über Bezahlung, so bleibt freilich ebenfalls kein anderer Ausweg als öffentliche Vorladung der an die fragliche Gantmasse Berechtigten, worin der Grund, aus dem der Pfandstrich verlangt wird, anzugeben ist.

Es könnte nun allerdings die Frage aufgeworfen werden, welcher praktische Unterschied zwischen der öffentlichen Aufforderung unbekannter Berechtigter, und zwischen der öffentlichen Vorladung, auf welche dann oft genug gegriffen werden muß, bestehe. Man würde diese Frage damit beantworten, daß der Unterschied der nämliche wie zwischen unrichtiger und richtiger Gesetzesanwendung, sei; und daß jedenfalls der öffentlichen Vorladung alle Versuche, den Aufenthalt des Berechtigten zu ermitteln, vorhergehen, welche den Zweck oft erreichen, während bei der öffentlichen Aufforderung nach dem Gesetze solche Erkundigungen nach bestimmten Personen ganz ausgeschlossen sind.

Ein anderer praktischer und für den Kläger fühlbarer Vortheil ist der, daß das Versäumungserkenntniß nicht mehr in die Zeitungen eingerückt werden muß, wie dies bei dem Ausschlußerkenntniß nöthig ist. Auch eine schnellere Erledigung des Verfahrens, die oft sehr wünschenswerth ist, kann dabei erzielt werden, weil die Fristen für öffentliche Vorladungen im Gesetze nicht bestimmt sind,

während für öffentliche Aufforderungen eine 2monatliche Frist als Minimum (regelmäßig) vorgeschrieben ist.

Ein empfindlicher Uebelstand liegt dagegen in der hohen Sportulirung des Versäumungserkenntnisses (Hälfte der Urtheilstare), was besonders da von Erheblichkeit ist, wo die auf einem Gute ruhenden Pfandlasten von einer ganzen Generation, die oft viele Tausende von Gulden betragen, Gegenstand eines solchen Erkenntnisses sind. Es ist dem Verfasser ein Fall bekannt, wo die Urtheilstare 33 fl. betrug, während, wenn der Strich in Form einer Ediktalladung verfügt worden wäre, 1 fl. die Tare war. Uebrigens braucht kaum darauf aufmerksam gemacht zu werden, daß, wo das Gut weniger werth ist, als die Summe der Pfandschulden beträgt, der Werth des ersteren der Tare zu Grunde gelegt werden muß.

Es wäre zu wünschen, daß für derartige Erkenntnisse eine niedrigere Sportel bestimmt würde, wobei indeß doch berücksichtigt werden müßte, daß der Richter verhältnißmäßig viel Mühe auf die meisten dieser Fälle, namentlich bei Instruction, zu verwenden hat.

II.

Contokorrent.

Die Aufrechnung der in laufender Rechnung gemachten Rimessen kann nicht auf einen bestimmten Posten der Rechnung geschehen; die Rechnung muß vielmehr abgeschlossen werden, und erst der aus dem Abschluß sich ergebende Saldo zeigt, ob eine Verminderung oder Vermehrung der ältern Schuld stattgefunden hat.

(Vergl. Annalen von 1850, No. 39. 44. 59.)

So hat das Großh. Oberhofgericht den 18. April 1850 I. S. Ungerer gegen Gerwig entschieden.

s. oberhofg. Jahrbücher, 12. Bd. S. 18—20.

Der Cassationshof von Frankreich hat zwar in einem von Laulhard 4. Bd. S. 142—52 mitgetheilten Urtheil vom 3. April 1839 erkannt, daß die in den Art. 1253—56 enthaltenen Regeln über die Aufrechnung von Zahlungen auch auf Contokurrente anwendbar seien; er hat jedoch seitdem diese Ansicht verlassen, wie man aus

Sirey 1849. I. 115—20 u. 228.

„ 1855. I. 737—40

ersehen kann.

Nach dieser Ansicht haben auch die meisten Appellationsgerichte in Frankreich entschieden.

Sirey 1839. II. 297.

„ 1842. II. 402—5.

„ 1850. II. 138.

„ 1851. II. 256.

Uebereinstimmend damit ist

Noblet Du compte-courant No. 71.

Delamarre et Lepoitvin. Traité de la commission 2. Bd. No. 486. 493.

Dalloz Répertoire alphabet. vº compte-courant.

Massé. Droit comm. tome 5 No. 267. 363.

Table général par Devilleneuve et Gilbert vº compte-courant No. 8.

Diese Frage wurde kürzlich in folgendem Fall vor den rheinpfälzischen Gerichten verhandelt:

Die Holzhandlung Dreifuß u. Comp. in Ludwigshafen stand in laufender Rechnung mit dem Handlungshaus W. H. Ladenburg u. Söhne in Mannheim. Den 22. März 1855 trat Levi, bisheriger Theilhaber der Handlung Dreifuß u. Comp. aus derselben, theilte aber diesen Austritt erst den 1. Mai 1855 den Geschäftsfreunden mittels Cirkular mit. Die Firma hatte keine Veränderung erlitten, daher die laufende Rechnung in derselben Weise, wie bisher, fortgesetzt worden war. Das Handlungshaus W. H. Ladenburg u. Söhne glaubte den ausgetretenen Gesellschafter Levi für den Saldo, welcher sich bei Abschluß der Rechnung am 22. März 1855 ergab, in Anspruch nehmen zu können, wogegen dieser einwendete, daß die Zahlungen und Rimessen, welche die Handlung Dreifuß u. Comp. nach dem 22. März 1855 gemacht habe, auf den Saldo vom 22. März als auf die ältere Schuld anzurechnen seien. Das Bezirksgericht in Zweibrücken erkannte den 17. Januar 1856 nach dieser Ansicht, und wies die Klage ab. Die Entscheidungsgründe sollen hier vollständig mitgetheilt werden, weil sie unsere Frage nach der Einen Seite sehr scharf beleuchten. Sie lauten:

I. E. daß in thatsächlicher Beziehung wenigstens feststeht und nicht bestritten wird, daß der Beklagte seit dem März 1853 bis zum 22. März 1855 mit seinem Schwager, dem nunmehr in Fallimentszustand befindlichen Handelsmann Dreifuß, einen sehr ausgedehnten Holzhandel betrieben hat, an welchem Tage die bisherigen Gesellschafter, die zwischen ihnen bestandene Societät durch Act vor Notär Leuchsenring auflösten, sich die gegensei-

tigen Berechnungen ihrer resp. Guthaben unter Berufung auf ein Urtheil des königl. Bezirksgerichts zu Frankenthal, als Handelsgericht sprechend, vom 18. Januar desselben Jahrs vorbehielten, worin constatirt seie, daß Comparent Levi bereits seit dem 1. Januar 1855 aus dem Geschäfte ausgeschieden, weßhalb die Liquidation der Gesellschaftsmasse von Dreifuß verlangt worden seie,

I. E. daß ebenso nicht bestritten ist, daß der durch den erwähnten Akt rechtsgiltig verbriefte Austritt des Levi durch Cirkular vom 1. Mai den Geschäftsfreunden der bestandenen Firma förmlich mitgetheilt wurde,

I. E. daß die Kläger in ihrer Eigenschaft als gewesene Banquiers der Gesellschaft Dreifuß u. Comp. aufstellen, am 22 März 1855 habe in ihren Handelsbüchern zu Lasten dieser Societät ein Saldo von 3515 fl. 56 kr. bestanden, für welche Summe sie den heutigen Beklagten haftbar erklärt wissen wollen, und dessen Verurtheilung bis zum Belaufe dieser Summe beantragen,

I. E. daß Beklagter auf seinen am 1. Jan. 1855 erfolgten faktischen Austritt aus der Gesellschaft sich stützend, jede Kenntniß von dem beanspruchten Saldo in Abrede stellt, subsidiär jede Haftbarkeit von sich weist, weil das klägerische Handelshaus die laufende Rechnung mit seinem Schwager und gewesenen Associe fortgesetzt und diesen Saldo zu dessen Lasten übertragen habe, durch von diesem geleistete Zahlungen in weit höherem Betrage das mehrerwähnte Guthaben nach allen Regeln der Imputation und Compensation längst getilgt und erloschen seie,

I. E. daß nach den eigenen Aufstellungen der Kläger der bestandene Contokurrent auch nach dem 22. März 1855 wirklich selbstständig mit Dreifuß fortgesetzt, dieser mit dem gezogenen Saldo belastet wurde *) und von demselben später Zahlungen in solchen Beträgen geleistet worden sind, daß, wenn die gesetzlichen Bestimmungen der civilrechtlichen Imputation wechselseitiger Forderungen zur Geltung und Anwendung kommen, die an jenem Tage bestandene Forderung gegen Levi und Dreifuß mit 3515 fl. 56 kr. wirklich getilgt ist, sonach nicht mehr weiter gegen den heutigen Beklagten eingefordert werden kann,

I. E. daß wenn das klägerische Handelshaus hierauf geltend macht, daß bei den laufenden Rechnungen unter Handelsleuten (comptes-courants) die im Civilrechte anerkannten giltigen Grundsätze über Imputation geleisteter Zahlungen und die Wettschlagung gegenseitiger Forderungen nicht platzgreiflich seien, es diese Ausnahme von den Regeln des gemeinen Rechts strenge zu erweisen hat; daß es sich zur Begründung seiner deßfallsigen Behauptungen nicht auf positive im Handelsrechte wurzelnde Gesetzesstellen, welche für die vorgenannten im Handel üblichen Operationen exzeptionelle Bestimmungen enthielten, um so weniger berufen kann, als das heutige Gesetzbuch die bezüglichen Motive gar nicht enthält und in dem Code de comm. das Wort compte-courant nur in dem einzigen Art. §. 81 vorkommt, in welchem aber gerade die Eintragung eines erhaltenen Betrags in den Contokurrant mit einer Zahlung auf gleiche Linie gestellt wird, aber die Rechtfertigung seiner Ansprüche durch die Aufstellung begründen zu können glaubt, daß es die von ihm und Dreifuß wechselseitig geleisteten Zahlungen in baarem Gelde oder Rimessen als eben so viele Darlehen qualifizirt, welche bis zu dem verabredeten Berechnungstermine oder Bilanzziehung selbstständig neben einander zu stehen hatten,

I. E. daß, wenn sich in der Handelswelt verschiedene theilweise von den Gesetzen abweichende Gebräuche gebildet haben sollten, diese doch nur so lange auf Geltung Anspruch haben, als die betheiligten Parteien sich mit solchen Operationen zufrieden geben, daß auch in der That Fälle gedacht werden können, in denen die in laufenden Rechnungen figurirenden Zahlungen als wechselseitige erst zu bestimmten Zeitpunkten aufkündbare und exigible Darlehen zu betrachten sind, woraus aber im Allgemeinen noch nicht die Aufhebung der civilrechtlichen Normen über Imputation und Compensation folgern würde, die ja gerade bei diesen Verträgen hauptsächlich ihre Anwendung finden,

I. E. daß dieses wechselseitige Darlehensverhältniß, auf welches der für die klägerische Ansicht angerufene handelsrechtliche Schriftsteller Massé sein weitgehendes System gründet, namentlich zwischen zwei Banquiers, die sich gegenseitig mit Geld-Agiotage und Wechselgeschäften befassen, bei denen das Geld mehr als Waare, denn als Münze erscheint, füglich bestehen kann, auf welches Verhältniß, wenn es sich de lege ferenda handelte, vielleicht andere gesetzliche Bestimmungen passend erscheinen, daß dagegen aber der Fall nach andern Directiven zu beur-

*) Dies ist ein faktischer Irrthum. Am 22. März 1855 erfolgte kein Abschluß in den Büchern der Kläger; denn diese erfuhren den Austritt des Levi erst durch Cirkular vom 1. Mai 1855; es konnte daher auch keine Belastung des Dreifuß mit dem Saldo vom 22. März 1855 erfolgen, vielmehr wurde die Rechnung einfach in der bisherigen Weise fortgeführt.

theilen ist, wenn ein Industrieller, Kaufherr oder Handelsmann, die Kasse und den Credit eines Bankhauses zum Betriebe und zur Effectuirung eigener selbstständiger mit dem Bankgeschäfte gar nicht im Zusammenhange stehender Operationen und Geschäfte in Anspruch nimmt, in welchen Fällen die von diesen geleisteten Zahlungen sicher nicht als Darleihen, sondern nur als Vorschüsse für einen weiteren in der Regel größeren Credit oder als Abschlagszahlungen für bereits empfangene Summen oder Rimessen zu betrachten sind,

J. E. daß in conkretem Falle nicht entfernt angenommen werden kann, daß Dreifuß und Levi, die zu ihrem ausgedehnten in Ludwigshafen und Cöln, ja eigentlich am ganzen Rheinstrom betriebenen Geschäfte die bedeutensten baaren Mittel bedurften, jemals die Absicht gehabt hätten, dem klägerischen Banquierhause Darlehen zu machen, während der Geldumsatz gegen Zinsen und Provision allerdings in der Natur eines Bankgeschäfts liegt, wie denn aus den eigenen Aufstellungen der Kläger resultirt, daß sie stets im Vorschuß gewesen, daß Dreifuß u. Comp. stets ihre Schuldner, aber niemals ihre Gläubiger waren, und aus diesen Gründen von wechselseitigen Darleben um so weniger die Rede sein kann, als die Kläger nicht nur von ihren Zahlungen, sondern von dem Totalbetrage der umgeschlagenen Summen Provision berechnet und bezogen haben.

J. E. daß hierzu um die factische Behauptung der gegenwärtigen Klage zu erschöpfen, der weitere Umstand hinzukömmt, daß, wenn auch die ohne allen Vorbehalt geschehene Uebertragung des am 22. März 1855 bestandenen Saldos *), auf die alleinige Rechnung des E. G. Dreifuß nicht gerade als eine expresse Novation angesehen werden mag, doch soviel in dieser Thatsache gefunden werden muß, daß das klägerische Handelshaus damals eine Haftbarkeit des Levi im entferntesten zu beanspruchen nicht gemeint war, ansonsten es sich die geeignete Sicherheit durch denselben bestellen zu lassen sicherlich nicht verabsäumt, und die Eintragung der Klage nicht erst bis nach eingetretenem Falliment des Dreifuß verzögert hätte **),

J. E. daß diesen Erörterungen zufolge, in concreto diejenigen factischen Prämissen nicht gegeben sind, welche der klägerischer Seits verfochtenen Theorie zur Basis dienen, daß aber, wollte man diese Voraussetzungen einen Augenblick als vorhanden annehmen, dennoch die darauf fußende Rechtsargumentation keineswegs haltbar erscheint,

J. E. daß man von Anfang an in einen unauflöslichen Widerspruch geräth, wenn man die verschiedenen von den Contrahenten geleisteten Zahlungen als je einen Schuldschein oder als eine Gesammtforderung bezeichnet, eine Fiction, welche durch die verschiedenen Daten der wechselseitigen Ab- und Zuschreibungen evident ihre Widerlegung findet, und durch keinen Grund gerechtfertigt ist.

J. E. daß, mag man die verschiedenen, zwischen 2 in laufender Rechnung stehender Personen vorkommenden Geschäfte als Darlehen bezeichnen, oder wie dies der Berichterstatter zu einem Arrêt der Cour von Rouen vom 21. Mai 1838 gethan, als Verträge betrachten, welche mit dem einfachen Darlehen die größte Aehnlichkeit haben, indem sie auf dieselbe Weise entstehen, und sich auflösen; daß, mögen die in dem Handelsgebräuche fußenden Regeln des Contokurrentes manches praktisch Anerkanntes und Eigenthümliches bieten, namentlich die gegenseitigen Zahlungen vom Momente der Leistung Zinsen tragen, dennoch die auf gewisse Epochen nach den verschiedenen Gebräuchen großer oder kleiner Wechselplätze schwankende endliche Abgleichung sich ohne eine Compensation und Imputation gar nicht bewerkstelligen kann,

J. E. wenn nun zugegeben werden muß, daß nicht allein durch den Willen der Parteien, sondern auch ohne deren Zuthun, durch zufällige eingetretene Umstände, z. B. Tod, Falliment, oder wie dies hier der Fall ist, durch den Austritt eines Gesellschafters, die bestandenen wechselseitigen Beziehungen vor dem ursprünglichen Berechnungstermin wesentliche Veränderungen und selbst ihre definitive Regelung nicht allein erhalten können, sondern auch erhalten müssen, die Anwendung der Imputationsregeln in der Art erwiesen wird, daß man als unumstößliche Wahrheit den Satz aufstellen kann, daß die Rechtsverhältnisse der Parteien je nach der Größe der geleisteten Zahlungen wechseln, so daß heute der eine Contrahent Schuldner und morgen Gläubiger sein kann, daß aber die stipulirten Termine in dem Interesse einer geregelten Buchhaltung und in dem gewöhnlichen Capitalisiren der Zinsen ihre genügende Erklärung finden,

J. E. daß der erhobene Einwand, daß doch die in dem Contokurrent figurirenden Zahlungen selbstständig zinstragend seien, die von den Klägern vertheidigte Rechts-

*) S. die vorige Note.

**) Der Grund der Verzögerung der Klage lag in Vergleichs-Verhandlungen mit der Handlung Dreifuß u. Comp.

ansicht ebensowenig zu begründen vermag, einmal, weil einestheils dieser Zinsenlauf der Vereinfachung des Geschäftes und der Bequemlichkeit der Contrahenten wegen zu geschehen pflegt, anderntheils die Zinsen nur an gewissen Zeitabschnitten fällig werden, weßhalb zur Ausgleichung der Zinsenlauf bei jeder Zahlung zu beginnen hat,

J. E. daß nach diesen Entwickelungen es den Klägern keineswegs gelungen ist, eine Ausnahme der Anwendung der Grundsätze des Civilrechts auf Contokurrente darzuthun, und die von Dreifuß als alleiniger Besitzer des früher mit dem heutigen Beklagten betriebenen Geschäftes, wie schon oben erwähnt, unbestrittenermaßen geleisteten Zahlungen von solchem Belange sind, daß sie den Saldo von 3515 fl. 56 kr. als die ältere Schuld zu tilgen genügend waren, demgemäß die erhobene Klage ohne Berücksichtigung des angebotenen Beweises der sich als irrelevant darstellt, abzuweisen ist, und Kläger in die Kosten zu verurtheilen sind, aus diesen Gründen weist das kön. Bezirksgericht die Kläger ab 2c. 2c.

Auf ergriffene Berufung erkannte das kön. Appellationsgericht in Zweibrücken den 28. April 1856 bestätigend aus folgenden Gründen:

In Erwägung daß die Appellanten vorerst behaupteten, daß Appellat schon deßhalb für alle Schulden der aufgelösten Gesellschaft, also auch für die eingeklagte Summe hafte, weil sein Austritt aus der Gesellschaft nicht auf gesetzliche Weise publizirt worden sei, daß jedoch diese Behauptung durch einen bei den Akten befindlichen Auszug aus den Registern der Kanzlei des kön. Bezirksgerichts zu Frankenthal widerlegt wird, durch welchen festgestellt wird, daß der am 22. März 1855 errichtete Auflösungsvertrag den Bestimmungen der Art. 42 u. 46 des H.G.-Buchs entsprechend am 4 April publizirt worden ist.

In Erwägung daß die Appellanten zugeben, daß sie nach dem am 22. März 1855 erfolgten Austritt des Appellaten mit Dreifuß den Contokurrent selbstständig fortgesetzt, und ihn mit dem gezogenen Saldo belastet haben *), und ebenso von ihnen nicht in Abrede gestellt wird, daß nach dem 22. März von Dreifuß Zahlungen in solchen Beträgen an sie geleistet wurden, daß wenn die gesetzlichen Regeln der civilrechtlichen Imputation und Compensation wechselseitiger Forderungen in Anwendung kommen, die am 22. März 1855 bestandene Forderung wirklich getilgt wäre, daß sie jedoch die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmungen auf die zwischen Kaufleuten bestehenden Contokurrente bestreiten.

In Erwägung aber, daß alle von den Appellanten in dieser Beziehung geltend gemachten Gründe von dem ersten Richter gehörig gewürdigt wurden, wobei noch insbesondere zu berücksichtigen ist, daß Dreifuß in dem Auflösungsvertrag vom 22. März 1855 sich zur Uebernahme aller damals bestandenen Schulden der Gesellschaft persönlich verpflichtete und nebstdem als Gesellschafter solidarisch haftete, woraus schon gefolgert werden kann, daß er bei den später an die Appellanten gemachten Zahlungen wohl von vornherein die Absicht haben mußte, daß diese Zahlungen zunächst auf die ältere dem 22. März 1855 vorgängige Schuld imputirt werden sollten, durch welche Zahlungen er seinen frühern Mitgesellschafter Levi nach Art. 1200 c. c. entlastet hat, aus diesen Gründen 2c. 2c.

Gegen dieses Urtheil wurde das Rechtsmittel der Cassation ergriffen, weil dasselbe

1) den Art. 1165 des Civilgesetzbuchs verletzt habe, indem an einer Schuld des Levi Zahlungen in Aufrechnung gebracht worden seien, welche die Handlung Dreifuß u. Comp. geleistet habe. Zur Begründung wurde angeführt, daß nach Art. 1865 No. 5 die unter der Firma Dreifuß u. Comp. bestandene Gesellschaft durch den Austritt des Levi aufgelöst, und die neue Firma Dreifuß u. Comp. eine dem Levi fremde Rechtsperson sei, deren Handlungen für Levi res inter alios seien; worauf jedoch erwiedert wurde, die Handlung Dreifuß u. Comp. habe nur aus zwei Personen, Dreifuß und Levi, bestanden, nach dem Austritt des Levi sei daher nur Dreifuß übrig geblieben; dieser sei Sammtschuldner des Levi gewesen, mithin könne Levi sich auf dessen Zahlungen berufen,

2) die Art. 1253—56 falsch angeordnet habe. Hier wurde geltend gemacht, daß diese Artikel nur da anwendbar seien, wo die Partieen nichts Anderes verabredet haben, daß aber in der Eingehung eines Contokorrent-Verhältnisses eine, wenn auch nicht ausdrückliche doch stillschweigende Verabredung bezüglich der Abrechnung enthalten sei. Nach dem Handelsgebrauch, welcher bei Verträgen gemäß Art. 1135 und 1160 maaßgebend sei, liege in der Eingehung des Contokorrent-Verhältnisses die Verabredung, daß alle Forderungs- oder Schuldposten,

*) S. die Note zu dem erstinstanzlichen Urtheil.

welche dem Einen oder Andern aus den gegenseitigen Geschäften erwachsen, in eine Rechnung eingetragen werden sollen. Die eingetragenen Posten werden dadurch Bestandtheile der Rechnung, und hören somit auf, selbstständige Forderungs- oder Schuldposten zu sein. Eben deswegen könne die Abrechnung nur in der Weise geschehen, daß alle Forderungs- mit allen Schuldposten verglichen und der Unterschied der Gesammtsummen als Schuldposten des Einen oder des Andern vorgetragen werde. In dieser Weise geschehe der Abschluß des Contokorrents aller Orten in Deutschland, Frankreich, England, Holland, Rußland, Italien, überhaupt in Europa, Amerika, Asien und überall wo das Contokorrentverhältniß bekannt sei. Da nun dasjenige was der Gebrauch festgestellt habe, nach Art. 1135 und 1160 des Civilgesetzbuchs als stillschweigende Convention der Partieen anzusehen sey, die Art. 1253—56 aber nur da anwendbar seien, wo die Partieen nichts Anderes verabredet haben, so seien hier diese Artikel falsch angewendet. Zur Unterstützung dieser Ausführung wurde sich berufen

a) auf ein Urtheil des Cassationshofs von Frankreich vom 11. Dez. 1848, Sirey 1849, I. 115—120, wo es heißt: En matière de compte-courant il n'est pas permis, tant que ce compte n'est pas clos définitivement, de compenser tel article du crédit par tel article du débit; il faut faire une masse de toutes les opérations successives jusqu'à conclusion, et c'est seulement à cette époque, qu'on peut décider s'il y a un créancier ou s'il n'y en a pas;

b) auf ein Urtheil desselben vom 17. Januar 1849, Sirey 1849 I 228—234, wo es heißt: Le propre du compte-courant est, de confondre tous les détails en un ensemble, et de présenter en un seul tableau tout ce qui s'est fait successivement entre les parties à dater de la balance ou réglement précédant. Il y a bien lieu à compensation mais seulement sur la masse du crédit;

c) auf ein Urtheil des Appellationsgerichts von Rouen vom 19 Januar 1849, Sirey 1850 II. 144, wo gesagt wird: Le compte-courant se compose d'un ensemble d'opérations successives, qui se tiennent et s'enchainent d'une manière indissoluble jusqu'à sa cloture; les versements et les remises, qui forment cet ensemble, ne sont que des éléments partiels du compte et ne peuvent jamais constituer des paiements dans l'acception légale du mot;

d) auf Delamarre und Lepoitvin: Traité de la commission, 2. Bd. No. 483, wo es heißt: Quand on en vient à réglement définitif, on balance tout le crédit et tout le débit, pour connaître le resultat matériel de la compensation générale. Une remise n'acquitte donc pas l'obligation produite par une autre remise;

e) auf ein Urtheil des Appellations-Gerichts von Bordeaux, Sirey 1851, II. 256, welches entschieden hat, daß man nicht die Zahlung eines einzelnen Postens des Contokorrent verlangen könne, woraus gefolgert werden kann, daß man auch nicht auf einen einzelnen Posten compensiren kann;

f) auf das Urtheil des großh. Oberhofgerichts vom 18. April 1850, mitgetheilt in den oberhofg. Jahrbüchern,

g) auf die schon oben angeführten Schriftsteller.

In der Erwiederung des Cassationsbeklagten wurde bestritten, daß hier ein Contokorrentverhältniß vorliege, indem dieses nur da vorhanden sei, wo zwei Personen sich gegenseitig Credit geben, während hier nur das klagende Handlungshaus dem Beklagten Credit gegeben, mithin eine Gegenseitigkeit nicht vorhanden sei. Dieser Ansicht, welche von Massé, droit commercial tome 5 No. 267 und 363, sowie in der Note zu dem Urtheil des Cassationshofs vom 3. April 1839 bei Sirey 1839. I. 257 aufgestellt wird, trat auch der Generalstaatsprokurator in seinem Vortrag bei, indem er hervorhob, daß in diesem Fall von beiden Seiten Vorschüsse gemacht werden, daher die Bestimmungen über Aufrechnung von Zahlungen darauf nicht anwendbar seyen.

Der Cassationshof der Rheinpfalz ließ sich jedoch durch diese scharfsinnige Unterscheidung nicht beirren, sondern kassirte die Urtheile der vordern Instanzen und verurtheilte sofort als Revisionshof den Beklagten nach dem

Klagantrag. Seine Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

„Durch die Art. 1253—1256 des Civilgesetzbuches ist die Imputation der von dem Schuldner an den Gläubiger geleisteten Zahlungen der Uebereinkunft der Parteien vor Allem anheimgestellt, und nur in Ermanglung einer solchen sollen die im Gesetzbuche aufgestellten Regeln der Imputation zur Anwendung gebracht werden. Eine solche Uebereinkunft, namentlich die Ausschließung des Grundsatzes (Art 1256), daß die einzelne Zahlung im Zweifel auf einzelne Schulden, nach dem Alter derselben angerechnet werden soll, liegt in dem zwischen Handelsleuten häufig eingegangenen Verkehrsverhältniß auf offene Rechnung (Contokorrent), welches gerade darin besteht, daß nicht jede Operation zwischen den in solcher Rechnung stehenden Handelsleuten, — Verkauf, Baarvorschuß, Honorirung und Einkassirung von Wechseln, Guthaben aus Commissionsgeschäften u. dgl. als eine für sich bestehende Forderung behandelt wird, welche durch spezielle Zahlungen oder Gegenforderungen des anderen Theils getilgt wird, sondern daß der ganze Verkehr als ein einziges fortlaufendes Geschäft und als der Ausfluß eines und desselben untrennbaren Vertragsverhältnisses betrachtet wird, dessen Endresultat erst, in Form des Saldo zu Gunsten des einen Theils und zur Belastung des andern, sich als ein einfaches Schuldverhältniß darstellt. Haben die Parteien ein solches Verkehrsverhältniß eingegangen, so liegt darin unmittelbar ihre klare Willensbestimmung, daß die angeführte gesetzliche Vorschrift zwischen ihnen keine Anwendung finden soll. Auf die rechtliche Natur eines solchen Verhältnisses in dem angegebenen Sinne hat es keinen Einfluß, von welcher Art die den Verkehr bildenden einzelnen Operationen und Rechtsgeschäfte seien. Es ist insbesondere ohne allen Grund, wenn behauptet wird, daß gegenseitige Darlehen denselben bilden müßten, obschon die einzelnen Einträge in die Rechnung insofern allerdings in die Form von Darlehen gebracht werden, daß jedem Theil, selbst demjenigen, welchem von dem andern einseitig ein Credit eröffnet worden, und welcher überwiegend als Schuldner erscheint, — von jeder einzelnen Leistung Zinsen gut gerechnet werden.

Ob hierbei der Zinsfuß beiderseits derselbe sei, oder ob dem Banquier ein höherer Zins als dem Kaufmann und nebenbei eine Provision oder Commissionsgebühr gutgerechnet wird, ist ebenfalls für die Wesenheit des Rechtsverhältnisses von keinem Belang, sowie es auch nirgends einen Grund hat, wenn behauptet wird, eine offene Rechnung setze voraus, daß nicht stets der eine Theil im Vorschusse sei, sondern daß abwechselnd beide Theile, Gläubiger und Schuldner sein müßten. Häufig hängt dieses lediglich vom Zufall ab, und es kann geschehen, daß selbst der Banquier, welcher einem Kaufmann Credit auf Contokorrent eröffnet, stets der Schuldner sei, wenn der Letztere vom Anfang an und während der Dauer des Verkehrs stets für überwiegende Deckung sorgt.“

„Durch den vorgelegten Auszug aus dem Handelsbuche der Cassationskläger (Contokorrent), auf welchen der Beklagte seine Vertheidigung gründet, steht nun in facto fest, daß ein Verkehrsverhältniß der bezeichneten Art zwischen den Parteien stattgefunden habe, und es verdient keine Beachtung, wenn das kön. Appellationsgericht im offenbaren Widerspruch mit dieser urkundlich festgestellten Thatsache, die Vermuthung ausspricht, daß Dreifuß bei den Zahlungen, welche er nach dem 22 März 1855 leistete, wohl die Absicht von vornherein haben mußte, daß dieselben zunächst auf die ältere, dem 22. März vorgängige Schuld imputirt werden sollten, während im Contokorrent die gegenseitigen Empfänge und Zahlungen aus dem ganzen Zeitraume vom 1. Januar bis 30. Juni 1855 ohne alle Unterscheidung der früheren und späteren eingetragen sind.“

„Hiernach liegt darin, daß das königliche Appellationsgericht im Widerspruche mit der anerkanntermaaßen zwischen den Parteien festgesetzten Norm, die von Dreifuß nach dem 22. März geleisteten Zahlungen speziell auf das Guthaben, welches dem Cassationskläger am 22. März zustand, imputirte, und dieses Guthaben zum Vortheil des Beklagten als dadurch getilgt annahm, eine unrichtige Anwendung und eine Verletzung der obenerwähnten gesetzlichen Bestimmungen.“

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 38.

I.

Contokorrent.

Die Aufrechnung der in laufender Rechnung gemachten Rimessen kann nicht auf einen bestimmten Posten der Rechnung geschehen; die Rechnung muß vielmehr abgeschlossen werden, und erst der aus dem Abschluß sich ergebende Saldo zeigt, ob eine Verminderung oder Vermehrung der ältern Schuld stattgefunden hat.

(Schluß.)

Hiergegen kann nicht geltend gemacht werden, daß der Cassationskläger durch die Fortsetzung des Verkehrs mit Dreifuß nach dem Austritt des Beklagten aus der Gesellschaft und durch Belastung der früheren Schuldverhältnisse in dem fortgeführten Contokorrent, dieselben auf Dreifuß als nunmehrig alleinigen Schuldner übertragen, und dadurch ein neues Verhältniß mit Aufhebung des früheren festgesetzt habe. Dieser Gesichtspunkt würde nur alsdann von Erheblichkeit sein, wenn zur Zeit jenes Austritts der Saldo aus dem bis dahin gepflogenen Verkehr gezogen und als selbstständiger Ansatz in eine jetzt mit dem zurückgebliebenen einzigen Gesellschafter Dreifuß eröffnete Rechnung eingesetzt worden wäre.

Ein solches ist aber nirgend auch nur behauptet worden, vielmehr steht durch den von dem Beklagten angerufenen Schluß-Contokorrent in facto fest, daß die nachfolgenden Operationen, ohne alle Unterscheidung, fortlaufend zu den früheren eingetragen wurden, und daß ein großer Theil der Zahlungen, welche jetzt zur Tilgung der auf den 22. März berechneten Schuld des Beklagten imputirt werden sollen, sowie noch größere Leistungen von Seiten der Cassationskläger stattgefunden haben, ehe noch diese Letzteren durch das Cirular vom 1. Mai 1855 in Kenntniß von dem Austritt des Beklagten gesetzt wurden. Hier eine Novation anzunehmen, würde der positiven Bestimmung des Art. 1273 des Civilgesetzbuches widerstreiten, wornach eine Novation nie präsumirt wird, sondern nur alsdann angenommen werden darf, wenn die Absicht sie zu bewirken aus dem Rechtsgeschäfte unverkennbar hervorgeht.

Da hiernach das von den Cassationsklägern geltend gemachte zweite Cassationsmittel gegründet, das angefochtene Erkenntniß aus diesem Grunde zu vernichten ist, bedarf es einer Prüfung der weitern Cassationsmittel nicht.

Nachdem nun in Folge dieses Ergebnisses die von dem Beklagten Levi geltend gemachten Zahlungen des Dreifuß an der von den Klägern eingeklagten Summe nicht in Abzug gebracht werden können, die Schuld selbst aber bei der Verhandlung vor den untern Instanzen von Levi nicht bestritten, das Sach- und Rechtsverhältniß unter den Parteien bis zum Spruchreife festgestellt wurde, so ist sofort hierüber durch den Cassationshof als Revisionsgericht zu erkennen, und da der Zuerkennung des Antrags der Kläger ein weiterer Einwand des Beklagten nicht im Wege steht, diesem Antrage stattzugeben.

Aus diesen Gründen vernichtet das Oberappellations-gericht des Königreichs als Cassationshof für die Pfalz erkennend, das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichts der Pfalz vom 28. April 1856, verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder, die Eintragung des gegenwärtigen Urtheils in die Register des königl. Appellationsgerichts der Pfalz und verurtheilt den Cassationsbeklagten in die Kosten der Cassations Instanz, und sofort als Revisionshof erkennend verurtheilt es den Beklagten Michael Levi unter Leibeshaft an die Kläger die Summe von 3515 fl. 56 kr. nebst Zinsen vom 22. März 1855 an zu bezahlen unter Vorbehalt für den Beklagten eine

Summe von 1210 fl. an jener Summe in Abzug zu bringen, welche Cassationskläger an die israelitische Gemeinde in Mannheim cedirt haben, im Falle diese Cession von dem Beklagten als rechtsbeständig anerkannt oder als solche erklärt werden würde; verurtheilt den Beklagten in die Kosten sämmtlicher Instanzen, beauftragt mit Zustellung des Urtheils, der Leibeshaft wegen, den Gerichtsboten R e t t i g in Zweibrücken.

Eine gleiche Entscheidung hat derselbe Gerichtshof J. S. Grohe-Henrich in Neustadt gegen M. Levi erlassen, weßhalb wohl angenommen werden darf, die Untergerichte der Pfalz werden diese Ansicht des Cassationshofs, welche mit der neuesten Praxis des französischen Cassationshofs und mit der bereits angeführten Entscheidung unseres höchsten Gerichts übereinstimmt, als maßgebend betrachten. Die Motivirung ist jedoch eine andere, als in den Urtheilen der französischen Gerichte. Der Cassationshof in München geht von dem Grundgedanken aus, die Art. 1253—56 des Civil-Gesetzbuchs seien nur dann anwendbar, wenn die Parteien über die Aufrechnung nichts festgesetzt haben; in der Eingebung des Contokorrentverhältnisses liege aber eine Verabredung der Parteien, daß und wie unter ihnen abgerechnet werden solle. Wer den Handelsgebrauch kennt, wird allerdings zugeben, daß überall, wo das Contokorrentverhältniß bekannt ist, die Rechnung in ganz gleichförmiger und übereinstimmender Weise abgeschlossen wird, indem man a l l e Posten im Soll und alle Posten im Haben addirt, die kleinere Summe von der größern abzieht, und den Rest, als Saldo, der kleinern Summe beischlägt, wodurch eine Ausgleichung beider Summen bewirkt wird. Ist die Rechnung in dieser Weise abgeschlossen, so wird der Saldo vorgetragen, und dadurch gewissermaßen eine neue Rechnung eröffnet. Diese Art der Abrechnung setzt allerdings voraus, daß alle Posten der Rechnung einer g l e i c h e n Behandlung unterliegen, mithin nicht auf einen einzelnen Posten, weil er wichtiger oder älter ist, als andere, abgerechnet werden kann. Da nach Art. 1135 Verträge nicht nur zu dem verbinden, was ausdrücklich verabredet wurde, sondern auch zu dem, was nach Billigkeit und H e r k o m m e n aus denselben folgt, da ferner nach Art. 1160 die ü b l i c h e n Gedinge, wenn sie auch in einem Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt sind, hinzugedacht werden müssen, so erscheint es durchaus gerechtfertigt, wenn der Cassationshof annimmt, die durch allgemeine Uebung eingeführte Abrechnung bei Contokorrenten beruhe auf einer (stillschweigenden) Uebereinkunft der Partieen, schließe mithin die Anwendbarkeit der in den Art. 1253—56 enthaltenen gesetzlichen Regeln der Imputation aus.

Abgesehen hievon würde auch die Ansicht der Untergerichte zu einer für den allgemeinen Credit sehr nachtheiligen Consequenz führen. Die Handelsgesellschafter haften solidarisch für die Schulden der Gesellschaft. Tritt ein Handelsgesellschafter aus der Gesellschaft, so haftet er solidarisch für alle Schulden der Gesellschaft, welche am Tag seines Austritts vorhanden waren; ja er haftet noch weiter, wenn er die vorgeschriebene Veröffentlichung unterläßt. Diese besteht aber nur in einem Anschlag an die Gerichtstafel, bei uns in dem Eintrag in das Offenkundigkeitsbuch. Davon erfahren die entfernt wohnenden Correspondenten selten etwas; darum ist es üblich, durch Umlaufsschreiben (Circularien) die Correspondenten von dergleichen Vorgängen in Kenntniß zu setzen. Eine eigentliche Pflicht hiezu ist aber nirgendwo ausgesprochen. Wer nun darauf ausgehen will, seine Gläubiger zu betrügen, kann sich aus einer Handelsgesellschaft zurückziehen, seine Einlage herausnehmen, die gesetzlichen Förmlichkeiten beobachten, ohne daß die Correspondenten irgend Etwas davon erfahren. Wird nun die Gesellschaft später zahlungsunfähig, und wollen die Gläubiger den ausgetretenen Gesellschafter in Anspruch nehmen, so erwiedert er einfach: „Ihr habt die Geschäfte mit der Gesellschaft nach meinem Austritt fortgesetzt. Alle Zahlungen, Rimessen rc. rc. überhaupt alle Gutschriften, welche nach meinem Austritt erfolgt sind, müssen auf die Schuld, welche am Tag meines Austritts vorhanden war, aufgerechnet werden." Hat man nun die Sache so eingerichtet, daß ein großer Umschlag stattgefunden hat, so ist in dieser Weise die Schuld getilgt, wenn sie auch noch so sehr gewachsen ist. Das ist eigentlich ein Widerspruch, aber gleichwohl eine Consequenz der untergerichtlichen Ansicht, während nach der Ansicht des Cassationshofs eine Minderung oder Tilgung der Schuld nur dann eintritt, wenn diese wirklich gemindert oder getilgt ist, oder wenn Zahlungen ausdrücklich auf die ältere Schuld geleistet wurden.

Dr. L a d e n b u r g.

II.

Scheingeschäft.

1) Die Gläubiger sind berechtigt zum Behuf ihrer Befriedigung ein von dem Schuldner abgeschlossenes Scheingeschäft anzufechten.

2) Eine solche Anfechtungsklage erlischt nicht innerhalb Jahresfrist.

3) Der Beiwes eines Scheingeschäfts kann aus zusammentreffenden Umständen geschöpft werden.

Fiscus gegen Sachs.

Als Einleitung zu diesem Rechtsfalle mag der schon früher zwischen den nämlichen Partelen geführte Prozeß dienen, in welchem der großh. Fiscus mit seiner Klage abgewiesen wurde, weil er zur Zeit ihrer Anstellung noch nicht Gläubiger des W. Sachs gewesen ist.

Annalen XXIII. 73.

Die zweite Klage, womit sich der großh Fiscus als Gläubiger auswies, hatte ein erstinstanzliches Urtheil vom 11. Januar 1857 zur Folge, durch welches der Beklagten Sybilla Sachs ein Reinigungseid dahin auferlegt wurde:

> Es sei nicht wahr, daß sie vor oder bei Abschluß des Kaufvertrags vom 30. Mai 1849 mit Wilhelm Sachs übereingekommen, daß dieser Kaufvertrag nicht ernstlich gemeint, sondern nur zum Schein abgeschlossen sein solle.

Dabei verblieb es jedoch nicht, indem auf Appellation des großh. Fiscus ein hofgerichtliches Urtheil vom 22. Februar l. J. den fraglichen Vertrag, soweit es zur Befriedigung der kläger'schen Forderung von 5064 fl. sammt Zinsen zu 5 pCt. vom 15. Juni 1849 erforderlich ist — schlechthin für unwirksam erklärte.

Dieser abändernden Entscheidung, gegen welche die Beklagte die dritte Instanz angegangen hatte, wurde am am 26. August l. J. die oberhofgerichtliche Bestätigung zu Theil.

Entscheidungsgründe.

Mit der vorliegenden Klage hat der großh. Fiscus, welcher in Folge rechtskräftigen Erkenntnisses großh. Stadtamts Mannheim vom 30. Septbr. 1850 die Summe von 5064 fl. sammt Zins vom 15. Juni 1849 an, an Wilhelm Sachs zu fordern hat, einen Kaufvertrag, den derselbe am 30. Mai 1849 mit der Beklagten, seiner Schwester, bezüglich seines Tabaksgeschäfts abgeschlossen hatte, als einen bloßen Scheinvertrag, oder als ein Geschäft angefochten, womit es den Contrahenten niemals Ernst gewesen sei.

Dieser Klage wurde von der Beklagten mit Unrecht die Einrede der Verjährung entgegengehalten, da der von ihr hierwegen angerufene L.R.S. 1167a sich offenbar nur auf solche Klagen bezieht, womit die Gläubiger ein wirklich abgeschlossenes, also ein an sich wirksames Geschäft blos deßhalb angreifen, weil es zum Abbruch ihrer Rechte errichtet wurde, keineswegs aber auch auf Klagen bezogen werden kann, wodurch, wie hier, eine Eigenthumsübertragung des Schuldners, dem Erwerber gegenüber, als ein bloßes Trugbild, oder als eine solche Handlung bezeichnet wird, welche nur zur Täuschung Dritter bestimmt ist, zwischen den Contrahenten selbst aber keine Wirkung erzeugt, sonach weder Eigenthum noch juristischen Besitz auf den angeblichen Erwerber überträgt.

Nicht minder unbegründet ist der Einwand, daß der Kläger zu dieser Klage nicht legitimirt sei. Denn derselbe ist ein Gläubiger des Wilhelm Sachs; als solcher aber hat er zufolge L.R.S. 2092 das Recht, sich aus dem Vermögen seines Schuldners Bezahlung zu verschaffen; er ist daher nicht allein befugt, die Klagen und Rechte seines Schuldners zu seiner Befriedigung auszuüben, sondern er ist auch berechtigt zur Anbahnung der unbehinderten Ausübung jenes Zugriffsrechts auf gewisse Güter seines Schuldners vom Gericht eine Anerkennung darüber zu verlangen, daß ein bezüglich jener Güter vom Schuldner abgeschlossener Veräußerungsvertrag nur ein nach der Absicht der Contrahenten wirkungsloses Scheingebilde sei, und daß daher die fraglichen Güter noch immer im Eigenthum und juristischen Besitz des Schuldners sich befinden und somit für dessen Schulden dem Zugriff unterliegen. Dabei hatte er keineswegs nöthig, darzuthun, daß sein Schuldner kein anderes zugreifbares Vermögen besitze, indem, wenn ihm auch diese Klage nur zum Zweck seiner Befriedigung zukommt, dies nur den Sinn haben kann, daß ihm zu einem andern Zwecke die Klage nicht zustehe, und daß solche mit der Bezahlung der Forderung wegfalle, und indem ferner — wenn gleichwohl eine diesfällige Einwendung der Beklagten zukäme — dies nur eine Folge des Rechtes des in der Execution befindlichen Schuldners: seinem Gläubiger andere als die in Beschlag genommenen Gegenstände zum Zugriff zu bezeichnen, somit es immer

Sache der Beklagten wäre, selbst solche andere Vermögensstücke des Schuldners namhaft zu machen.

Hiernach konnte die Entscheidung über die vorliegende Klage nur von der Frage abhängen, ob der Kläger den ihm auferlegten Beweis, daß der angegriffene Vertrag blos zum Scheine abgeschlossen worden ist, und daher nicht ernstlich gemeint war, zu erbringen vermocht hat.

Diese Frage wurde von großh. Hofgericht mit vollem Rechte bejaht, da die gelieferten, zum Theil der Vertragsurkunde selbst entnommenen Beweise eine vollständige richterliche Ueberzeugung hierüber gewähren.

In dieser Beziehung ist

1) vor Allem die Zeit, in welcher die fragliche Vertragsurkunde errichtet wurde, und das damalige Verhalten des Wilhelm Sachs besonders ins Auge zu fassen.

Bekanntlich war nur wenige Wochen vorher in Baden ein Aufstand ausgebrochen, welcher die Einsetzung einer provisorischen Regierung im Gefolge hatte; Wilhelm Sachs, welcher schon vorher die politische Laufbahn betreten, namentlich Mitglied der badischen Kammer und der nach Frankfurt berufenen Nationalversammlung war, hat — wie Beklagte selbst zugeben mußte — seine politische Thätigkeit auch noch nach dem Ausbruche jenes Aufstandes im Lande fortgesetzt. Ob er dies im Interesse der gesetzmäßigen Regierung gethan, wie Beklagte geltend machen will, oder ob er wirklich zur revolutionären Partei sich hinneigte, mag dahin gestellt bleiben; jedenfalls ist so viel gewiß, daß gerade die Handlung, wodurch die vorwürfige Forderung des großh. Fiscus entstund, eine solche war, welche eher zu der letztern Annahme berechtigen könnte; und eben so richtig ist, daß Sachs später das Land zu verlassen für gut fand, und daß gegen ihn wegen Theilnahme an dem Aufstand ein Strafverfahren eingeleitet wurde, welches der Strafrichter nur bis auf dessen Betreten beruhen ließ. *)

Jene — 14 Tage nach der Vertragserrichtung vorgenommene — Handlung zeigt überdies, daß Sachs, wenn er auch gleich vielen Andern sich die Möglichkeit einer Unterdrückung des Aufstandes dachte, Anfangs und zur Zeit der Urkundenerrichtung noch keinen Glauben hieran hatte, da er sonst sicherlich jene Handlung, nämlich die Empfangnahme der von der revolutionären provisorischen Regierung in Baden zu einem Darlehen für das Rumpfparlament in Stuttgart bestimmten 5000 fl. und deren Ueberbringung dahin abgelehnt hätte. Diese Betrachtungen aber führen zu der Annahme, daß Sachs am 30. Mai 1849 es wohl für angemessen erachtet haben mag, für alle Fälle, und weil seine entwickelte und noch zu entwickelnde Thätigkeit immerhin einer verschiedenen Deutung empfänglich war, sein Vermögen wenigstens zu sichern, also solche Vorkehrungen zu treffen, daß ihm dasselbe — es mag gehen wie es will — erhalten bleibe; daß er dagegen noch kein Bedürfniß fühlte, schon zum Aeußersten zu greifen und durch einen wirklichen Verkauf seines Geschäfts, beziehungsweise durch Verwandlung desselben in Geld sein Vermögen zu retten. An diese Annahme aber reiht sich unmittelbar die Vermuthung an, daß der am 30. Mai 1849 aufgenommene Akt, wirklich zu diesem Zwecke, nämlich zur vorläufigen Sicherstellung des Vermögens errichtet, und also der darin beurkundete Vertrag bloß zum Scheine abgeschlossen wurde, indem nur unter dieser Voraussetzung an den Beziehungen des Sachs zu seinem Tabaksgeschäft in Wirklichkeit nichts geändert, sondern für ihn blos die Möglichkeit begründet wurde, im Nothfall eine andere Person als Eigenthümer des Geschäfts vorschieben zu können.

Für diese Unterstellung spricht weiter

2) der Umstand, daß es fast undenkbar ist, daß in jener bewegten Zeit eine Frauensperson, wie die Beklagte, welche sich mit Handelsgeschäften bis dahin nicht befaßt hatte, ein so ausgebreitetes Geschäft, wie das Tabaksgeschäft des W. Sachs nach der eigenen Schilderung des beklagten Theils war, mithin einen Gegenstand, welcher einzig und allein durch einen mit großer Sachkenntniß geleiteten kaufmännischen Betrieb in seinem Werthe erhalten werden konnte, wirklich und im Ernste käuflich an sich gebracht haben soll; — eben so unglaublich ist schon an sich

3) die in die Vertragsurkunde selbst übergegangene Behauptung, daß der Kaufpreis für dieses Geschäft mit 100,000 Thalern bereits baar ausbezahlt worden sei, diese Angabe bezüglich eines der wichtigsten Momente des Vertrags ist aber auch in der That eine erwiesenermaßen unwahre, indem die Beklagte schon in dem ersten gegen sie und Wilhelm Sachs geführten Prozesse die Unrichtigkeit derselben zugab und bemerkte, daß die Zahlung durch Wechsel, die sie aber nicht näher bezeichnete, ge-

*) Siehe hierüber Annalen XVIII. 105.

schehen sei — und indem sich aus der heute übergebenen Copie einer Protesturkunde ergibt, daß selbst diese Angabe wieder eine unrichtige war, da hiernach die Beklagte nur eine Schuldurkunde über den Kaufpreis ausgestellt hatte;'

4) endlich enthält die Vertragsurkunde noch eine weitere Bestimmung, welche auf die unverkennbarste Weise zeigt, daß es in der That bei diesem Akte nur auf eine Sicherstellung des Sachs'schen Vermögens in dem angegebenen Sinne abgesehen war. Es ist dies nämlich das Geding, daß der angeblichen Käuferin nicht blos das Recht eingeräumt, sondern sogar zur **Obliegenheit** gemacht sein soll, die bisherige Firma beizubehalten, also das Geschäft unter dem Namen des Wilhelm Sachs fortzuführen oder fortführen zu lassen. Dieses Geding konnte von der Beklagten in einer auch nur einigermaßen genügenden Weise durchaus nicht erklärt werden, und es erscheint namentlich die in heutiger Verhandlung versuchte Motivirung desselben als völlig unzureichend, indem — wenn dem W. Sachs so sehr an seinem merkantilen Ruf gelegen — er weit eher die Fortführung seiner Firma durch seinen Nachfolger nicht hätte gestatten, als dieselbe diesem zur Pflicht machen müssen. Nothwendig mußte daher ein anderer Grund, welcher nicht gesagt werden konnte, dieser Bestimmung seine Entstehung gegeben haben, und es kann dieser andere Grund nur darin gefunden werden, daß eben die Contrahenten die Absicht hatten, mit dem Eigenthum des Tabaksgeschäfts keine Veränderung vorzunehmen und die im Vertrag ausgedrückte Eigenthumsübertragung nur als eine Maske dienen sollte, deren man sich im Nothfall bedienen, aber auch jeden Augenblick ohne Weiteres wieder entledigen konnte, — und es liegt zu dieser Annahme noch um so mehr Grund vor, als Beklagte nirgends behauptete, daß sie, was doch bei einem in Wahrheit abgeschlossenen Kauf ihr erster Schritt hätte sein müssen, die Geschäftsfreunde in der üblichen Weise hievon in Kenntniß gesetzt haben.

Nach all' diesem erscheint die Beklagte durch das über die Klage des Fiscus vom großh. Hofgericht erlassene Urtheil nicht beschwert ꝛc. ꝛc. — D. R.

III.

Der Erbe, welcher auf die Klage des einzelnen Erbschaftsgläubigers zur Zahlung verurtheilt ist, verliert durch dieses Urtheil allein nicht das Recht der Entsagung oder vorsichtsweisen Erbantretung im Verhältnisse zu allen übrigen Erbschaftsgläubigern. —

L.R.S. 774. 775. 778. 779. 784. 789. 792. 793. 799. 800. 801; —
Zachariä, III. Auflage Band IV S. 71 Note 10; —
Brauer's Erläuterungen zu L.R.S. 800; —
Baurittel, Handbuch, S. 1778. 1779;
Thilo, Entscheidungen der französischen Gerichtshöfe, ad art. 799; —
Toullier, tome IV pag. 344 Note 2

Der Erbe behält auch nach Ablauf der gesetzlichen und vom Richter erstreckten Frist das Recht, ein Erbverzeichniß zu errichten und als Vorsichtserbe aufzutreten, so lange er keine den Erben bezeichnende Handlung unternommen, und k e i n r e c h t s k r ä f t i g e s U r t h e i l i h n a l s u n b e d i n g t e n E r b e n e r k l ä r t h a t. — L.R.S. 800.

Aus dem letztern Theile dieser Bestimmung erhob sich die Streitfrage, ob ein von einem der Erbschaftsgläubiger gegen den Erben auf Zahlung der Erbschaftsschuld erwirktes Urtheil für alle Gläubiger gegen den Erben die Wirkung habe, daß letzterer nach jenem Urtheile weder auf die Erbschaft verzichten, noch als bloßer Vorsichtserbe auftreten könne, — oder mit andern Worten —: ob der Erbe das Recht der Entschlagung, oder das Recht der vorsichtsweisen Erbantretung durch das Urtheil verliere, sohin L.R.S. 800 eine Ausnahme von der Regel des L.R.S. 1351 über den Umfang der Rechtskraft enthalte oder nicht. —

Zachariä a. a. O. gibt der Auslegung den Vorzug, wornach das Urtheil unbedingt allen Gläubigern der Erbschaft zu Statten kommt, und der Erbe von dem Rechte der Entschlagung oder dem beneficium inventarii keinen Gebrauch mehr machen kann. —

Die hiefür angeführten Gründe scheinen jedoch auf unrichtige Voraussetzungen gebaut zu sein. — Zachariä beruft sich nämlich zur Bestätigung seiner Auslegung auf die Discussionen über die Art. 777—780 ff. und 800, davon ausgehend, daß die Discussionen eine A b w e i-

chung von der gemeinrechtlichen im L.R.S. 1351 aufgestellten Regel beabsichtigt haben, während gerade der Gang der Discussionen zu dem entgegengesetzten Schlusse führt, womit auch Baurittel (Handbuch des bürgerlichen Rechts S. 1778) einverstanden ist. —

Nachdem nämlich einige Redner die Untheilbarkeit der Erbeigenschaft hervorgehoben und damit dem einmal nach dem Begehren eines Erbschaftsgläubigers ergangenen Urtheile eine allgemeine Wirkung für alle Gläubiger beizulegen versucht hatten, wurde dagegen eine an und für sich schon unzulässige Distinction zwischen einem Urtheile auf contradictorische Verhandlungen und einem Urtheile in contumaciam zur Vermittelung beantragt, und nach dem schon vorher ein Zusatzartikel — im Wesentlichen gleichlautend mit dem L.R.S. 1351 — in Vorschlag gebracht worden war, bemerkte der Redner Berlier mit Bezug auf den bereits entworfenen Art. 1351:

Daß der vorgeschlagene Artikel „unnütz und überflüssig" sei, da ja das Prinzip des Art. 1351 auch in der Lehre über die Erbschaftsantretung u. s. w. ebenso Anwendung finden müsse, wie überhaupt auf alle sonstigen Rechtsverhältnisse. — Zuletzt wies der weitere Redner darauf hin, wie ein Erbe, obschon er durch ein Urtheil dafür erklärt ist, ex post immer noch durch einen bevorrechteten Erben verdrängt werden, sohin seine Erbeigenschaft nie eine irrevocable sein könne, — vereinigte man sich auf den Strich des vorgeschlagenen Artikels — (L'article est retranché:) —

Danach sind die Worte des L.R.S. 800 an sich mindestens indifferent, während die ratio legis den Richter nicht zwingt, in jenen Worten eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift über den Umfang der Rechtskraft zu erblicken, und es gebührt wohl dem von Baurittel (Handbuch S. 1779) aufgenommenen Satze der Vorzug, welcher dahin lautet:

„Das Urtheil gibt kein jus quæsitum (dem dritten „Gläubiger), aber es ist doch ein starkes Präjudiz, „und die Facta, auf die der Andere sich beruft, blei„ben ihm" —

Dieser Satz führt nun zu weitern Betrachtungen und Nachweisungen seiner Richtigkeit aus den einzelnen Gesetzesbestimmungen. —

I. Der Erbe tritt kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr des Nachlasses des Verstorbenen (L.R.S. 724); er hat jedoch das Recht, auf die Erbschaft unbedingt zu verzichten, oder bedingt zu verzichten, indem er unter Beobachtung der im L.R.S. 793 ff. gegebenen Vorschrift die Erbschaft nur mit Vorsicht des Erbverzeichnisses annimmt. —

Das Recht, eine Erbschaft anzunehmen (anzutreten) oder auszuschlagen, dauert 30 Jahre; ebenso behält der Erbe auch nach Ablauf der gesetzlichen, vom Richter bewilligten Frist immer noch das Recht, mit Vorsicht des Erbverzeichnisses anzutreten; nur die Kosten des Verfahrens, das ein Gläubiger nach Ablauf jener Frist einleitet, hat der Erbe zu tragen als eine natürliche Folge der Fristversäumung. —

Soll nun der Erbe des ihm so allgemein eingeräumten Rechts der Entschlagung verlustig werden, so müssen positive und unzweideutige, aus freiem Antriebe und nicht auf richterliche Präjudizien unternommene Handlungen (Erklärungen) von ihm ausgegangen sein, welche kathegorisch die unbedingte Erbschaftsannahme in sich schließen und folgeweise jeden Vorbehalt des Verzichts ausschließen, und diese positiven Handlungen sind im Gesetze deutlich gezeichnet. —

Mit der ausdrücklichen, in einem hiezu vereigenschafteten Acte abgelegten urkundlichen Erklärung, daß man eine Erbschaft annehme oder mit einer die stillschweigende Annahme beurkundenden Einmischung in die Erbschaft hört das Recht der Entsagung unbedingt auf, indem eine solche ausdrückliche Erklärung oder eine ihr gleichstehende stillschweigende, auf Handlungen unzweideutig beruhende Erklärung (Einmischung) ein Act ist, mit welchem der Halbvertrag der Erben mit allen Gläubigern oder Interessenten vollendet wird. —

L.R.S. 1100 de, 1371.

Mit diesem Augenblicke ist das Recht der Entsagung von dem Erben aufgegeben. —

II. Der Erbe verliert das Recht der Entsagung durch Handlungen, welche den Charakter einer unrechten That haben, nämlich durch Entwendung oder Verhelmlichung von Erbschaftsstücken.

L.R.S. 792. 801.

Das Aufhören des Rechts der Entschlagung ist im ersten Falle eine nothwendige Folge einer erlaubten Handlung oder Erklärung, in welcher das Gesetz eine unbedingte Erbschaftsantretung erkennt, und welche ex post nicht mehr aus dem Reiche der Thatsachen verschwinden kann! —

Das Aufhören des Rechts im zweiten Falle ist eine

vom Gesetze auf ein Vergehen gesetzte Strafe! — Zwischen die ausdrückliche oder stillschweigende Erbantretung und die rechtsförmliche Entsagung fällt das passive Verhalten des Erben, — sein Stillschweigen, welches nach dem Vortheile des betreibenden Theils ausgelegt werden muß (L.R.S. 798 a); ich sage aber: auch nur zum Vortheile des betreibenden Theils mit Beschränkung auf das Verhältniß des Erben zu diesem betreibenden Theile, und wenn nun der Erbe auf eine Klage des Gläubigers von dem Rechte der Entschlagung nicht Gebrauch macht; ja, wenn er erklären würde, er habe die Erbschaft angetreten, oder, — was gleich ist, wenn er auf die Klage gar keine Antwort gäbe und so ein Urtheil erginge, das ihn als unbedingten Erben zur Zahlung des betreibenden Gläubigers verfällt, so kann das Urtheil als solches doch nur für den wirken und auf das Schuldverhältniß wirken, für welchen und auf welches auch die Verurtheilung sich erstreckte! —

Ein Geständniß im Prozesse, ein fingirtes Geständniß ist doch immer nur ein Beweismittel, und wenn man, wie in neuerer Zeit geschieht, auch die Geständnisse nicht zu den Beweismitteln zählen will, so hat dasselbe, wie die Beweisführung einer Partie, doch immerhin nur eine prozessualische Wirkung; nun aber ist eine solche prozessualische Vertheidigung, eine Einrede, das Zugeben oder Abläugnen einer vom Prozeßgegner behaupteten Thatsache — keines jener Facta, aus deren Dasein zum Vortheile aller Gläubiger die ausdrückliche oder stillschweigende Erbantretung gefolgert werden kann!

Diese Facta müssen außer dem Prozesse eines einzelnen Gläubigers erweislich eingetreten sein, damit man sagen könne, der Erbe ist durch jene Handlung oder Erklärung gegenüber allen Gläubigern in das Verhältniß des Halbvertrags getreten. —

(Vergl. Brauer zu L.R.S. 778; — siehe auch §. 771 P.O.)

Nur in dem Falle wird das Ergebniß der Beweisführung des einzelnen Gläubigers im Prozesse mit Erfolg auch von allen übrigen Gläubigern angerufen werden, wo der Erbe auf den Grund einer Unterschlagung von Erbschaftsstücken des Entsagungsrechts für verlustig erklärt und gegen ihn der Beweis so hergestellt ist, daß selbst der Strafrichter auf das „Schuldig" erkennen würde, denn ein so constatirtes Vergehen ist von dem Gesetze als ein strafbarer Eingriff in das Vermögen des Erblassers bezeichnet, welches Vermögen ja das gemeinschaftliche Unterpfand aller Gläubiger ist. —

— L.R.S. 2093. —

Schließlich muß hier noch der dieser Ausführung entgegenstehenden Erläuterung Brauers erwähnt werden; Brauer meint nämlich: die Erbantretung sei eine untheilbare Sache, wer demnach in Bezug auf einen Gläubiger Erbe sei, der müsse es auch in Bezug auf alle Gläubiger sein; allein die Erbantretung mit den im L.R.S. 778 unterstellten Erfordernissen ist nicht zu verwechseln mit einem Urtheile, welches ein Gläubiger auf den Grund der Erbantretung, auf den Grund einer Unterschlagung, auf den Grund einer mangelhaften und leichtfertigen Vertheidigung oder gar einer Versäumniß der Antwort auf die Klage erlangt hat; die Erbantretung ist nur einer der möglichen Gründe, worauf das Urtheil beruhen kann, nicht aber nothwendig beruhen muß. —

(Vergl. auch Art. 100 und Rogron ad art. 100 und 800.)

Und was soll denn Rechtens sein, wenn der Erbe vor irgend einer Klage von Seiten eines Gläubigers auf die Erbschaft förmlich Verzicht geleistet hat (L.R.S. 793), und auf eine später angehobne Klage des einzelnen Gläubiges die Einrede des geschehenen Verzichts vorzuschützen versäumt, und ein mit dem Erbverzichte contrastirendes Urtheil gegen sich ergehen läßt? —

Soll hier denn der Verzicht, der ipso facto gegen alle Gläubiger wirkt, durch das spätere, für einen einzelnen Gläubiger ergangene Urtheil seine Wirksamkeit verlieren? —

Gewiß eben so wenig, als das von einem Gläubiger vor geschehenem Verzichte erwirkte Urtheil durch den spätern Verzicht oder das einen andern Gläubiger abweisende Urtheil seine Rechtskraft verliert. —

Auch die Zahlung einer Erbschaftsschuld fällt gewiß nicht unter die Cathegorie einer bindenden Erbschafts-Annahme, vielweniger die Zahlung einer durch Urtheil dem Gläubiger zugesprochenen Summe, denn das Urtheil wird auf Anrufen des Gläubigers im Zwangswege vollzogen. —

„Semel heres, semper heres" sagt nur: — wer einmal die Erbschaft angetreten hat, kann später darauf nicht mehr verzichten. Schmidt*),

*) Obergerichtsadvokat in Freiburg.

IV.

Rechtsfall über Anwendbarkeit des Straferschwerungsgrundes des §. 385 10. St.G.B. (Diebstahl von Wächtern verübt).

Joh. Jos. Schlegelmilch von Gissigheim war der Entwendung zweier Obstbäumchen im Werthe von je 20 kr. beschuldigt; diese Bäume hatten an dem Vicinalwege von Gissigheim nach Brehmen gestanden, und waren aus dem Boden herausgegraben worden. Der Standort des einen der Bäumchen hatte zu der Gemarkung Gissigheim, der des andern zu der Gemarkung Brehmen gehört. Mit der ersteren Gemeinde hatte der Angeschuldigte im Jahre 1854 einen zur Zeit der ihm angeschuldigten That noch fortwirkenden Vertrag abgeschlossen, wonach er als Baumgärtner nicht allein die Amtsbaumschule zu besorgen, die darin feischgesetzten wilden Bäume zu veredeln, und in dieser letzten Verrichtung die Schuljugend zu unterrichten hatte, sondern es war ihm durch den §. 5 des Vertrags auch „die Aufsicht sämmtlicher Bäume der Vicinalstraßen" von Gissigheim in der Weise übertragen, daß er die Verpflichtung hatte, „sämmtliche Vicinalwege öfters, besonders im Spätjahr und Frühjahr zu begehen, und diejenigen Grundstücke auf welchen Bäume fehlten, aufzuzeichnen, damit die Gutsbesitzer angehalten werden, Bäume zu setzen." Außerdem war er ermächtigt, untaugliche Bäume herauszunehmen und auf Kosten der Gutsbesitzer durch taugliche zu ersetzen; endlich hatte er dafür zu sorgen, daß die jungen Bäume gehörig mit Pfählen versehen würden, die in die Straße überhängenden Aeste zu entfernen, und die von Gutsbesitzern gepflanzten wilden Bäume von Zeit zu Zeit zu veredeln.

Der Untersuchungsrichter des betr. Bezirks nahm an, daß obiger Vertrag dem Angeschuldigten als Wächter des von der Gemarkung Gissigheim weggekommenen Baumes erscheinen lasse, leitete daher mit Bezug auf §. 385 10 vergl. mit §. 477 Str.G.B. gerichtliche Untersuchung ein, und legte sie zur Aburtheilung dem Hofgerichte (zu Mannheim) vor; (§. 16 No. 10 des Einf.-Gesetzes vom 5. Febr. 1851). Dieses hat jedoch unterm 18. August d. J.:

In Erwägung, daß dem Angeschuldigten durch den unterm 30. December 1854 mit der Gemeinde Gissigheim abgeschlossenen Vertrag zwar die Sorge für die Cultur der an der Vicinalstraße stehenden Bäume, nicht aber auch die Hut oder Bewachung derselben übertragen wurde, weßhalb der Straferschwerungsgrund des §. 385 Ziff. 10 Str.G.B. hier nicht anwendbar ist. —

In Erwägung, daß das vorliegende Vergehen, abgesehen von diesem Erschwerungsgrunde, nach §. 477 des Str.G.B. nur als Polizeifrevel bestraft werden kann, — sowie nach Ansicht des §. 35 des Einf.-Gesetzes vom 5. Febr. 1851 und §. 355 der Str.P.O. — ausgesprochen:

„es sei, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht „ist, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung „des Angeschuldigten vorhanden, und derselbe von den „Kosten freizusprechen. —

Beh.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 39.

I.

Ueber das Verfahren in Anklage- und Anzeigesachen.

Vergl. §. 279. 284 ff. 238 St.G.B. (vergl. Preßgesetz §. 35 und 41), §. 328 ff. St.Pr.O. Annalen XVIII. S. 154. XIX. S. 114 ff. XXIV. S. 406. XXV. S. 28 ff.

Unsere Strafgesetzgebung hat die Grundsätze

1) der Verfolgung der Verbrechen von Amtswegen — §. 2 St Pr.O.
2) der Erforschung der materiellen Wahrheit von Amtswegen — §. 3 St.Pr.O.
3) der Urtheilsfällung nach innerer, durch die vorliegenden Beweise gewonnenen Ueberzeugung — § 104 Einf. Ges.

als allgemeine Regeln des Strafverfahrens und der Urtheilsfällung aufgenommen und der Amtsrichter ist nach der jetzigen Organisation die Behörde, in deren Wirkungskreis jene Verfolgung der Verbrechen und Erhebung der Beweise, sowie theilweise (§. 16. 25 Einf.G.) auch die Urtheilsfällung gehört.

Von dem Ermessen des Amtsrichters hängt es daher regelmäßig ab, ob und in wie weit er eine ihm zur Kenntniß gekommene That strafgerichtlich verfolgen will und er hat die Beweismittel zur Ueberführung und Entlastung des Thäters von Amtswegen aufzusuchen und zu benützen.

Diese Regel leidet jedoch Ausnahmen, indem

zu 1) einerseits das richterliche Einschreiten auch bei den von Amtswegen oder auf Anzeige zu verfolgenden Verbrechen durch den Beschädigten dann veranlaßt werden kann, wenn der Amtsrichter zum Einschreiten nicht gewillt ist, andererseits aber bei Verfolgung gewisser Vergehen die richterliche Thätigkeit durch eine Anzeige oder Anklage (des Beschädigten in der Regel), bedingt ist und indem

zu 2) unter gewissen Voraussetzungen dem Verletzten nicht nur ein Mitwirkungsrecht bei dem weiteren Verfahren, wie im Falle der Anschließung, zugestanden, §. 328 St Pr.O., sondern sogar in gewissen Fällen ihm eine solche Mitwirkung zur Pflicht gemacht ist bei Vermeidung bestimmter Nachtheile — Letzteres nemlich beim Anklageverfahren in den Fällen der unerlaubten Selbsthülfe, der falschen Beschuldigung, Verläumdung und Ehrenkränkung (einschließlich der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener), und einer Klasse von Körperverletzungen. §. 238 St.G.B.

So ausgedehnt aber auch die Rechte des Anklägers sein mögen, immerhin handelt es sich doch um die Verfolgung und Bestrafung einer gemeingefährlichen Handlung, eines Angriffs auf die Rechtsverfassung des Staates selbst (im Gegensatz einer blos dem Einzelnen einen materiellen Schaden bringenden, durch Civiljustizzwang zu hebenden Rechtsverletzung), nur erscheint eben dem Gesetzgeber das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft von mehr untergeordneter Bedeutung, als solches bei andern von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen hervortritt.

Daß der Gesetzgeber von diesem Gesichtspunkte aus die Anklagesachen normirte, hat er durch die Aufnahme der auf Anklage strafbaren Handlungen in die Reihe der mit öffentlichen Strafen belegten Verbrechen (§. 291. 294 vergl. mit 313 St.G.B.), ganz unzweideutig angezeigt.

Daraus aber folgt der Natur der Sache und allgemeinen Grundsätzen gemäß, daß auch in Anklagesachen überall das Verfahren von Amtswegen eintritt, wo das Gesetz nicht bestimmte Abweichungen vorgeschrieben hat.

Verläßt man diesen vom Gesetze gegebenen Stand-

punkt, schiebt man insbesondere der Anklage die Natur eines Civilspruchs unter, bei dem amtspflichtiges Verfahren ausgeschlossen sei, so geräth man wieder in das Labyrinth der früheren Bedenken und Streitfragen, die der Gesetzgeber gerade durch Aufnahme der fraglichen Handlungen in das Strafgesetzbuch abschneiden wollte und abgeschnitten hat.

Uebrigens bedarf es kaum der Erwähnung, daß die Vorschriften, welche für die Privatanklage gelten (Tit. 22 St.Pr.O.), nicht auf die Anklage des Staatsanwaltes (einer mit Verfolgung von Verbrechen betrauten Staatsbehörde) und umgekehrt, Anwendung leiden z. B. §. 207. 246 St.Pr.O. §. 91 Einf.G. §. 331 Abs. 3.

Dieß vorausgeschickt, so ergibt sich (abgesehen von den Wirkungen der Ausschließung wegen Schadensersatzes, worüber Annalen XIX. S. 114 ff.), im Einzelnen:

I. Bei der gerichtlichen Verfolgung von Verbrechen, die nur auf Anzeige untersucht und bestraft werden (und wozu auch die Körperverletzung im Falle §. 238 St.G.B. gehört, sofern der Verletzte es seinem Interesse nicht angemessener gefunden hat, als Ankläger aufzutreten, in welchem Falle denn die Vorschriften unter Z. II. zur Anwendung kommen), findet nach bei competenter Behörde*) gemachter Anzeige das gewöhnliche Verfahren eines von Amtswegen zu verfolgenden Vergehens statt; es wird deßhalb auch der Beschädigte als Zeuge beeidigt u. s. w. §. 331. 153 St.Pr.O.

Besonderheiten enthalten nur die §§. 190. (wegen Verjährung) 344. 345. 352. 353. 351. 394. 406. 457 St.G.B (wegen der Wirkungen der Zurücknahme der Anzeige), und §. 12. 341 St.Pr.O.

II. Fordert das Gesetz zur gerichtlichen Verfolgung eine Anklage, so finden wir (abgesehen von der Verjährung, §. 190. 323 St.G.B., und von dem Rechte der Widerklage nach §. 341 St.Pr.O.), folgende Abweichungen vom gewöhnlichen Verfahren:

1) Die strafgerichtliche Verfolgung dieser Vergehen findet nur auf erhobene Anklage statt, auf solche hin aber muß jene geschehen, d. h. der Richter muß ein die Sache selbst entscheidendes Erkenntniß erlassen.

Bei Ehrenkränkungen muß überdieß im Falle §. 33 Einf.Ges. ein Versöhnungsversuch vor dem Bürgermeister (oder seinem Stellvertreter) vorausgehen.

2) Ein besonderer Gerichtsstand wurde für diese Anklagen durch §. 32 Einf.Ges. geschaffen, indem sie auch vor dem Bürgermeister (oder seinem Stellvertreter) erhoben und von ihm abgeurtheilt werden können.

3) Nur ein Ankläger (nicht ein anderer Beschädigter) hat ein Ablehnungsrecht des Richters. §. 34 St.Pr.O. vergl. mit §. 47 Einf.Ges.

4) Der Ankläger ist mit seinen Aufschlüssen und Anträgen hinsichtlich des Strafpunktes zur geeigneten Zeit zu hören und wegen Verwerfung seiner deßfallsigen Anträge steht ihm das Rechtsmittel der Beschwerdeführung mit 8 Tagen Frist zu. §. 329 Abs. 1. 332 Z. 2 St.Pr.O. §. 125 Einf.Ges.

5) Er hat dem Richter die zur Ueberführung des Angeschuldigten erforderlichen Beweise zu bezeichnen (hier kein Verfahren von Amtswegen), und kann am Schlusse oder, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, schon im Laufe der Untersuchung Acteneinsicht nehmen.

6) Bei der zur Competenz des Hofgerichtes oder Schwurgerichtes gehörigen Anklagesachen (§. 286. 297—299. 302. 303. 319 St.G.B.), ist dem Ankläger die in §. 30 Einf.Ges. erwähnte Zusammenstellung zu eröffnen, er ist zur Schlußverhandlung (§. 37. 91 Einf.Ges.) vorzuladen, kann der ganzen Verhandlung anwohnen, sich dabei durch einen Anwalt vertreten lassen oder einen solchen zur Seite haben, durch den Präsidenten an den Angeklagten und die Zeugen Fragen stellen und das Wort erhalten und wird am Schlusse mit seinen Anträgen und deren Begründung vor dem Staatsanwalte gehört. §. 331 St.Pr.O.

7) Bei hofgerichtlichen Fällen, bei denen eine Schlußverhandlung stattfindet (§. 37 Einf.Ges. §. 330. 233. 332 Z. 4 St.Pr.O.), hat der Ankläger beim Beginne der Verhandlungen seine Anklage mündlich zu entwickeln, und in schwurgerichtlichen Fällen (§. 246. 207 St.Pr.O. §. 91 Einf.Ges.) innerhalb 8 Tagen von Eröffnung des Verweisungserkenntnisses schriftlich dem Untersuchungsrichter zu überreichen oder zu Protokoll zu geben; die Unterlassung gilt als Verzicht auf die Anklage.

Schon nach dem Wortlaute sind übrigens diese Bestimmungen Z. 6 und 7 nicht auf das Verfahren vor dem Amtsrichter analog auszudehnen.

*) Nach §. 50. 73 St.Pr.O. wird auch eine auf Veranlassung des Beschädigten gemachte Anzeige der Polizeibehörde, z. B. der Gendarmerie, so gut als eine von diesen schriftlich gemachte Anzeige, zur Vornahme von Untersuchungshandlungen z. B. Einvernahme des Beschädigten, genügen.

8) Der Ankläger hat (neben dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung und des Rekurses wegen der Entschädigung), einen Rekurs gegen das Erkenntniß über den Strafpunkt und die Beschwerdeführung gegen die Erkenntnisse, wodurch der Antrag auf Untersuchung als ungegründet verworfen, das Verfahren eingestellt oder aus gesprochen wurde, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei.

9) Dem Ankläger ist deßhalb das Urtheil oder Erkenntniß stets zu eröffnen.

10) Die Urtheilsformeln richten sich nach §. 105 ff. Einf.Ges. und die so häufig gebrauchte Formel „daß der Ankläger mit der erhobenen Anklage abzuweisen sei" entspricht nicht den gesetzlichen Bestimmungen. §. 338 St.-Pr.O.

11) Der Ankläger hat alle Kosten zu tragen, zu denen nicht der Angeklagte nach §. 351—355 St.Pr.O. verurtheilt wird. §. 357 Abs. 2 St.Pr.O.

12) Der Vollzug des Urtheils geschieht erst nach Ablauf von 4 Wochen vom Tag der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, sofern während dieser Zeit der Ankläger auf den Vollzug nicht verzichtet. Bis zur Rechtskraft findet die Zurücknahme der Anklage statt.

13) Wegen Gebrauchs des Stempelpapiers und wegen Sportelzahlung s. §. 50 des Sp.Ges. und Erlaß großh. Justizministeriums vom 14. Mai und 8. Oktober 1856 (E. V.Bl. S. 127).

Hiernach lassen sich weitere beim Anklageverfahren vorkommende Fragen ohne Schwierigkeit beantworten, wenn man neben den genannten Abweichungen nur den an die Spitze gestellten Gesichtspunkt im Auge behält.

a) Ein bestimmter Strafantrag des Anklägers ist kein nothwendiges Erforderniß einer Anklage (abgesehen von den Schlußverhandlungen), der Ankläger kann vielmehr das Erkenntniß wegen der Strafe dem Ermessen des Richters überlassen; hat er aber einen solchen Strafantrag gestellt, z. B. auf Verweis, so ist der Richter hieran nicht unbedingt, sondern nur in so weit gebunden, als der Antrag innerhalb der gesetzlichen Strafdrohung gehalten ist, und wenn z. B. ein Ankläger wegen Selbsthilfe oder wegen Beleidigung im Falle §. 303 St.G.B. seinen Antrag auf blosen Verweis stellen würde, so wäre der Richter, der auf keine im Gesetze nicht gedrohte Strafe erkennen darf, berechtigt und verpflichtet, ohne Rücksicht hierauf die allein gedrohte Gefängnißstrafe zu erkennen, es dem Ankläger überlassend, den Vollzug durch etwaigen Verzicht abzuwenden.

Dies folgt aus der Natur der Strafgesetze und den Regeln ihrer Anwendung und wird überdieß bestätigt durch §. 329 (Ankläger ist „zu hören") §.332 Z. 2 230 St.P.O. §. 313 St.G.B.

Dieser Ansicht hält man hauptsächlich folgendes entgegen: „Der Ankläger hat das Recht, die Anklage ganz zu unterlassen oder die erhobene Anklage zurückzunehmen, er hat das Recht, mit einer geringeren Genugthuung sich zu begnügen, als die ist, welche das Gesetz androht, also darf der Richter der Natur der Sache gemäß nicht über den Strafantrag des Anklägers hinausgehend, eine höhere, als die beantragte Strafe, erkennen." Annalen 1857 No. 51.

Allein für sich betrachtet, enthält der unterstrichene Satz gerade die Streitfrage und ist erst zu beweisen und als nothwendige Folge ergibt er sich keineswegs aus dem unbestrittenen Rechte des Anklägers zur Unterlassung oder Zurücknahme der Anklage. Denn dieses Recht gibt dem Ankläger blos die Befugniß, die verbrecherische That und folgeweise deren Bestrafung der richterlichen Thätigkeit vorzuenthalten oder zu entziehen, der Gebrauch des Rechtes bewirkt im Resultat Straflosigkeit des Thäters; will aber der Beleidigte die Bestrafung, so muß er eine Anklage erheben, und macht ebendamit von jenem Rechte keinen Gebrauch. Wie man nun aus dem Rechte der Unterlassung oder Zurücknahme der Anklage, das der Ankläger geradezu durch Erhebung und Fortsetzung der Anklage außer Anwendung gesetzt wissen will (denn eine theilweise Anwendung wäre ungereimt), für ihn die Befugniß ableiten mag, bestimmend und maßgebend für den Richter auf das Strafurtheil einzuwirken, ist nicht abzusehen, man müßte dann der Argumentation beistimmen: „gänzliche Unterlassung oder Zurücknahme der Anklage bewirkt Straflosigkeit, also enthält das Recht zur gänzlichen Unterlassung oder Zurücknahme bei erhobener und fortgesetzter Anklage das Recht auf geringere Bestrafung, als das Gesetz androht *).

*) Unseres Wissens ist dem Richter nirgends die Befugniß eingeräumt, eine bei ihm erhobene Anklage beliebig abzuändern oder nach seinem Sinne zu modeln; er muß sie vielmehr nehmen, wie sie ist und darnach das Erkenntniß geben. Darf demnach der Richter den Strafantrag nicht ändern, also auch denselben nicht ver-

Man sieht leicht, daß diese ganze Argumentation durch ein mit Nichts begründetes Herüberziehen civilrechtlicher und civilprozessualischer Grundsätze (ne ultra petita u. s. w.) veranlaßt wurde und wie irrig sie ist, ergibt sich aus der weiteren Betrachtung, daß auch bei einigen andern Verbrechen dem Beschädigten das Recht der *Anzeige* und der *Zurücknahme der Anzeige* zusteht (s. oben), ohne daß deßhalb Jemand wird behaupten wollen, daß bei *erhobener Anzeige*, z. B. bei Entführung, Ehebruch, der Richter an den etwa vom Beschädigten gestellten Antrag gebunden wäre einen *blosen Verweis* gegen den Verbrecher zu erkennen.

Daß §. 246. Abs. 1 sich nur auf *schwurgerichtliches* Verfahren und auf die vom *Staatsanwalte*, einer *rechtskundigen* Behörde, erhobenen Anklagen, nicht aber auf die Privatanklagen im Allgemeinen bezieht, ist oben schon bemerkt und ergibt sich besonders aus §. 331 Abs. 3, wo *neben* dem Privatankläger noch der Staatsanwalt als thätige Behörde erscheint.

Dem gegenüber muß man vielmehr so argumentiren:

Der Gesetzgeber hat als Folge einer strafbaren Handlung eine Strafe als Uebel angedroht. Der Richter hat in allen Fällen diese vom Gesetze bedrohte Strafe in concreto auszusprechen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, mag nun der Beschädigte die Anwendung dieser oder einer andern Strafe wünschen. In Prüfung der Beweise und bei dem hierauf gebauten Strafausspruche hat der Richter keinen Privatwillen zu respectiren, soweit das Gesetz ihm hierwegen nicht ausdrücklich Spielraum läßt; wenn er Strafe erkennt, so muß er die gesetzliche, nicht die durch den Privatwillen diktirte Strafe erkennen; mag dann der Ankläger durch Zurücknahme der Anklage oder Verzicht auf den Urtheilsvollzug die Folgen seiner Anklage abwenden, wenn sie ihm zu hart dünken.

b) In Bezug auf die Prüfung des Ergebnisses der Beweise behufs der Urtheilsfällung ist §. 104 Einf.Ges. maßgebend. Nach §. 332 Z. 1 St.Pr.O. hat der Ankläger blos die *Anschuldigungs*beweise dem Richter auf dessen Aufforderung (sei es *mit* der Anklage oder im Laufe des Verfahrens), zu bezeichnen, dem Richter aber bleibt immerhin die Pflicht, die *Entlastungs*beweise, seien sie vom Angeklagten ausdrücklich vorgeschützt oder auf andere Art zur Kenntniß des Richters gekommen, zu erforschen und zu benützen. Dieses sprechen die §§. 3. 71. 230. 329 Abs. 1 klar aus (wornach sogar bei der rein civilrechtlichen Entschädigungsfrage alle die Würdigung dieses Begehrens bedingenden Umstände von *Amtswegen* zu erheben sind). Das Gesetz muthet dem Strafrichter nirgends zu, eine Schuldigerklärung auszusprechen ohne innere Ueberzeugung der Richtigkeit.

Deßhalb wird ein für sich allein stehendes *Geständniß* auch in Anklagesachen im Allgemeinen, zur Verurtheilung nicht genügen und nur bei Ehrenkränkungen wird dieß insofern eine Ausnahme leiden, als das Geständniß des Angeschuldigten, das in der Regel mit einer Rechtfertigung verbunden ist, *für sich* eine Wiederholung des Thatbestandes (wenigstens des objectiven) der verübten Ehrenkränkung enthält.

c) Der Ankläger darf nicht als *Zeuge* in der Sache beeidigt oder verpflichtet werden, und zwar gemäß §. 332 Z. 1, da die Rollen eines Beweis*pflichtigen* und eines Beweis*zeugen* in derselben Person unvereinbar sind.

d) Der Ankläger darf nach §. 152 St.Pr.O bei Einvernahme der Zeugen *nicht* anwesend sein, ihre Aussagen sind ihm jedoch zu eröffnen.

e) Daß aus §. 50 Sp.Ges. Nichts abzuleiten ist, vergl. §. 235 Pr.O. §. 93 Einf.Ges.

Pfeiffer.*)

schärfen, so hat er lediglich zu erwägen, ob die Anklage selbst begründet, sodann ob die beantragte Strafe im Gesetze gedroht und ob sie nicht zu hoch gegriffen ist, wobei nach §. 296 des St.G.B. namentlich die *persönlichen Verhältnisse des Beleidigers und des Beleidigten* zu beachten sind.

Wo nun der Beleidigte z. B. blos eine 8 tägige Freiheitsstrafe beantragt, während er eine solche von 8 Wochen oder 8 Monaten verlangen könnte, da sollte man meinen, die gesunde Vernunft werde den Richter dahin leiten, daß er dem humanen Antrag des Beleidigten wenigstens die Wirkung eines *Strafminderungsgrundes* beimißt und die Beleidigung nicht mit strengeren Augen ansieht, als der davon betroffene Ankläger selbst.

Auch wird jeder, der sich in seiner richterlichen Souverainetät nicht total festgerannt hat, leicht begreifen, daß er beiden Theilen ungerecht wird, wenn er den Beleidiger wider den Willen des Beleidigten straft. Dieß geschieht aber nicht blos dadurch, daß er ohne Anklage strafend einschreitet, sondern auch dadurch, daß er den gestellten Strafantrag überschreitet, weil er in dem einen wie in dem andern Falle *unaufgefordert* handelt, wozu er überall nicht befugt ist.

D. R.

*) Großh. Amtsrichter in Blumenfeld.

II.

Zur Anwendung des Sportelgesetzes.

(Als Fortsetzung der Mittheilungen in Annalen 1857. [XXIV.] S. 212. 213. 1858. [XXV.] S. 32).

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat, von großh. Justizministerium hierzu aufgefordert, untrm 29. März d. J. über eine Reihe von Fragen, welche sich bei Anwendung des Sportelgesetzes vom 13. Mai 1856 ergeben haben, nachfolgende Ansichten ausgesprochen, welche nach Erlaß großh. Justizministeriums vom 29. Juli d. J. No. 5519 von der Mehrzahl der Gerichtshöfe sowie dem Ministerium der Justiz und der Finanzen als die richtigen anerkannt worden sind.

1) Die Verfügungen über Kostenfestsetzungen in Ehrenkränkungssachen sind **nicht** zu sportuliren.

Die Motirung dieser Ansicht lautet:

In §. 21 verglichen mit §. 24 der Begründung des Gesetzentwurfs über Sporteln und Stempel ist hervorgehoben, die Bemühungen des Gerichts bei der Entscheidung über Kostenliquidationen in bürgerlichen Rechtssachen seien so bedeutend, daß ein mäßiger Sportelansatz dafür gewiß sich rechtfertige. Dieser Grund für den Sportelansatz schlägt nun allerdings auch bei der Entscheidung über Kostenliquidationen in Ehrenkränkungssachen ein, allein §. 24 des Gesetzes, welcher diese Sportel einführt, steht unter den besonderen Bestimmungen über Stempel und Sporteln in bürgerlichen Rechtssachen einschließlich der Ehestreitigkeiten (§§. 12—54); unter den besonderen Bestimmungen über Stempel und Sporteln in Straffachen (§§. 55—79) ist weder der §. 24 auch auf Strafsachen anwendbar erklärt, noch sein Inhalt, was nach §. 56 des Gesetzes nöthig wäre, wiederholt, obschon der Gesetzgeber zu dem Einen oder dem Anderen Anlaß gehabt hätte. Analogien sind aber hier nicht zulässig, weil das Sportelgesetz in der allgemeinen Bestimmung des §. 2 alle Gerichtshandlungen sportelfrei erklärt, welche in den nachfolgenden Bestimmungen nicht ausdrücklich benannt sind. *)

2) Die im Sinne des §. 133 der Dienstordnung für Vollstreckungsbeamte erlassenen Verfügungen sind sportelfrei.

Man ging bei dieser Ansicht davon aus, daß zwar alle rechtspolizeilichen Verfügungen und Erkenntnisse der Gerichte dem in §. 25 des Sportelgesetzes bestimmten Ansatze unterliegen, daß aber die benannten, im Wege der Verordnung eingeführten Verfügungen (nemlich die Streichung des Eintrags einer Liegenschaftsversteigerungsverfügung, der etwaigen späteren Einträge von Vorzugs- oder Unterpfandsrechten und der älteren Einträge der von der Versteigerung benachrichtigten Gläubiger — §§. 997. 1023. 1024 der bad. Pr.O. und L.R.S. 2160 —) als rechtspolizeiliche Verfügungen **nicht** angesehen werden können.

3) Die Auflagen, welche mit oder nach der Kostenfestsetzung wegen Zahlung der festgesetzten Kosten, ebenso Auflagen, welche auf Grund eines früheren (mehrere Terminschuldigkeiten aussprechenden) Urtheils gemacht werden, unterliegen der Sportel des §. 34 Ziff. 2 des Sp.Ges. für unbedingte Befehle **nicht.**

Es wird hierzu ausgeführt:

Die erwähnten Auflagen wegen der Kostenzahlung stehen den unbedingten Befehlen im Sinne des §. 34 Ziff. 2 des Gesetzes nicht gleich, denn dieses ordnet den Sportelansatz nur für den unbedingten Mandatsprozeß an, wie sich aus §. 32 der Begründung des den Ständen im Dezember 1855 vorgelegten Gesetzentwurfs ergibt, wo ausgeführt wird:

„Die Erlassung eines unbedingten Befehls in den Formen des §. 669 Pr.O. setzt die Prüfung der Materialien voraus und ein solcher Befehl hat, sobald er vollzugsreif geworden, die Wirkung eines Urtheils (§. 911 Pr.O). Es rechtfertigt sich daher, für die Ertheilung eines solchen und für das nach förmlicher Verhandlung ergehende Erkenntniß über dessen Bestätigung oder Aufhebung je die halbe *) Urtheilssportel anzusetzen, während das

*) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das, was hier von Ehrenkränkungssachen gesagt wurde, von allen Anklagesachen gilt. D. E.

*) Der in §. 34 des Gesetzentwurfs enthaltene Vorschlag, die Hälfte der Urtheilssportel anzusetzen, wurde in dem Gesetz (§. 34 Ziff. 2) dahin abgeändert, daß nur ein Drittheil der Urtheilssportel in Ansatz gebracht werden solle; aus dem Bericht der Commission der zweiten Kammer, welche diese Aenderung in Vorschlag

Sportelgesetz von 1840 die Ertheilung, gleich einer einfachen Ladungsverfügung, kostenfrei behandelt u. s. w."

Jene Auflagen dagegen sind einfache Verfügungen, welche ohne weitere eingehende Prüfung den Vollzug der Kostenfestsetzung zum Gegenstand haben, also zufolge §. 2 des Gesetzes keinem Sportelansatz unterliegen.

Auch die Auflagen zur Zahlung eines nachträglich verfallenen, in einem früheren Urtheile bereits vorgesehenen, Termins sind einem unbedingten Befehle nicht gleich zu achten und wird der Aufwand der Sportel- oder Stempelgebühr für den Antrag ebenso wie nach dem Justizministerialerlaß vom 10. Februar 1857 No. 1145 (Centr.Verordn.Bl. No. 4 S. 12) bei der Erneuerung urtheilsmäßiger Zahlungsfristen genügen.

4) **Die öffentlichen Aufforderungen, welche vor Einweisungen in Erbschaften ergehen, fallen nicht unter §. 23 des Sp.Ges., sie sind vielmehr sportelfrei.**

Die Begründung geht dahin:

Der §. 23 des Sp.Ges. ist mit §. 32 desselben in Verbindung zu bringen, setzt also nur für solche gerichtliche Ediktalladungen, welche einen Rechtsnachtheil androhen und Versäumungserkenntnisse vorbereiten (§§. 736, 738—742 der Pr.O.) eine Sportel fest. Oeffentliche Aufforderungen vor Einweisung in Erbschaften (L.R.S. 770) dagegen enthalten keinen Rechtsnachtheil, sondern dienen nur zur Vorbereitung der rechtspolizeilichen Einweisung in die Gewähr einer Erbschaft. Für diese Einweisung wird durch §. 25 des Gesetzes eine höhere Sportel vorgeschrieben als in §. 32 für das Versäumungserkenntniß, welches einer Ediktalladung folgt. Hiernach liegt kein Grund vor, für jene rechtspolizeiliche Maaßregel zur Vorbereitung der Einweisung in die Gewähr einer Erbschaft, welche (das rechtspolizeiliche Verfahren abschließende) Einweisung in §. 25 allein als Gegenstand eines Sportelansatzes bezeichnet ist, auch einen Sportelansatz zuzulassen.

5) **Präklusiverkenntnisse in Ganten (§. 821 Pr.O.) unterliegen dem Sportelansatz des §. 32 Abs. 2.**

Denn solche Präklusiverkenntnisse sind Versäumungserkenntnisse in Folge einer Ediktalladung der in dem 2. Absatz des §. 32 des Sp.Ges. vorgesehenen Art. Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieses §en können nur daraus geschöpft werden, daß nach §. 32 die Ediktalladung, auf welcher der Präklusivbescheid beruht, nämlich das Gantedikt, vom Sportelansatz mit Rücksicht auf den Sportelansatz für das Ganturtheil ausgenommen ist. *) Allein diese Ausnahme ist in §. 32 für das Präklusiverkenntniß, als das dem Gantedikt entsprechende Versäumungserkenntniß nicht wiederholt, sonach die Regel des §. 32 aufrecht zu erhalten.

6) **Die Verfügung, wodurch ein Antrag auf Exekutivprozeß verworfen und zugleich Tagfahrt zum ordentlichen Verfahren anberaumt wird, ist (bezüglich ihres ersten Theiles) nach §. 34 Ziff. 1 d. Sp.Ges. als Ladungsversagung zu sportuliren.**

Diese Ansicht beruht auf folgenden Erwägungen:

Mit der Verwerfung des Antrags auf Exekutivprozeß wird dem Kläger das Recht auf diese gesetzlich ausgezeichnete, seinem Anspruch günstigere Prozeßart aberkannt. Diesem Ausspruch hat eine Prüfung vorauszugehen, ob die Erfordernisse jener Prozeßart in dem einzelnen Falle vorhanden sind. Die besonders zu motivirende Verwerfung des Antrags auf Exekutivprozeß, gegen welche zu Folge §. 1125 d. Pr.O. die Appellation stattfindet, steht sonach der **Versagung der Ladung in dieser Prozeßart** gleich und verliert diesen Charakter nicht dadurch, daß zu Folge § 696 d. Pr O. zugleich in der geeigneten Prozeßart Ladung erkannt wird. Nach §. 34 Ziff. 1 d. Sp.Ges. wird die ähnliche Verfügung, wodurch, ohne vorgängige Verhandlung eine Bitte um einen unbedingten Befehl „oder dergleichen" verworfen wird, mit einem Dritttheil der Urtheilssportel belegt. Nun entspricht aber die Verfügung nach § 696 d. Pr O. hinsichtlich des Exekutivprozesses vollkommen der Verfügung nach dem auf den unbedingten Mandatsprozeß bezüglichen § 668 d. Pr.O. wird daher mit dergleichen Sportel zu belegen sein.

7) **Bei Testamentsbeurkundungen ist neben der Sportel des §. 25 des Ges. eine Protokollsportel nicht anzusetzen.**

gebracht hat, geht jedoch hervor, daß sie hierbei gleichfalls nur die nach §. 669 Pr.O. erlassenen unbedingten Befehle im Auge gehabt hat, diese Aenderung ist daher für obige Schlußfolgerung ohne Erheblichkeit. D. E.

*) Vergl. §. 23 des Sp.Ges.

Denn der §. 25 des Sp.Ges. verfügt, daß die dort festgesetzte Sportel für die Eröffnung und Beurkundung des Testaments anzusetzen sei; das über die Eröffnung aufzunehmende Protokoll ist nun aber gerade die, die Wahrnehmungen des richterlichen Beamten darstellende Beurkundung.

Beh.

III.

Schupfleben.

Das Recht eines Todtbeständers auf Allodification bildet eine Zubehör seines Nutznießungsrechts, welches als ein persönliches Recht mit dem Tode des Nutznießers erlischt und nicht auf dessen Erben übergeht.

Welte gegen v. Pflummern.

Auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils, welches der Maria Anna Welte geb. Billi, als Inhaberin gewisser Schupflehengüter, das Recht auf Allodification des Schupflehens zuerkannt und die Georg v. Pflummer'sche Familienstiftung für schuldig erklärt hatte, nach Maaßgabe des Gesetzes vom 21. April 1849 (Reggsbl. No. XXV. S. 221) mit der Klägerin den Allodificationsvertrag abzuschließen — ist Fidel Welte als Wittwer und Universalerbe der Letzteren mit der actio judicati aufgetreten, worin er begehrte, daß die Schupflehenherrschaft zu dem bis jetzt verzögerten Abschluß des Allodificationsvertrags auf seinen Namen angehalten werde; obgleich er — beiläufig bemerkt — nach der Verleihungsurkunde nicht lehenberechtigt ist.

Mit dieser Klage wurde F. Welte durch die conformen Urtheile aller 3 Instanzen abgewiesen.

Entscheidungsgründe

zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. September 1858.

Die verstorbene Ehefrau des Klägers, die nach Schupflehenvertrag vom Jahr 1849 von der Beklagten ein Hofgut zur lebenslänglichen Nutznießung erhalten hatte, erwirkte im Jahr 1855 ein in dritter Instanz bestätigtes Urtheil, welches ihr das Recht zur Allodification ihres Schupflehens zuerkannte und die Beklagte zum Abschluß des Allodificationsvertrags nach dem Gesetz vom 21. April 1849 verbunden erklärte. Auf Grund dieses Urtheils und mit Berufung auf die im damaligen Rechtsstreit vom Vertreter der Beklagten vorgelegte Vollmacht, worin er zum Abschluß des Allodificationsvertrags beauftragt war, begehrt jetzt Kläger, als Erbe seiner Frau, daß die Beklagte den Allodificationsvertrag mit ihm abschließe.

Diese Klage ist jedoch mit Recht in den vordern Instanzen verworfen worden, weil Kläger nicht befugt ist, den seiner Frau zugestandenen Anspruch auf Allodification des Schupflehens für sich geltend zu machen.

Das Recht eines Todtbeständers auf Allodification, mag ihm solches blos auf Grund des Gesetzes oder auch auf Grund eines Urtheils oder einer besondern Zusage des Lehensherrn zukommen, bildet ein Zubehör seines Nutznießungsrechts (L.R.S. 1831 ae), erlischt daher wie jedes Nebenrecht zugleich mit dem Hauptrecht, mit dem der Nutznießung. Da nun das Nutznießungsrecht der Ehefrau des Klägers, als an ihre Person geknüpft, mit ihrem Tode erloschen ist, so konnte auch das ihr zugestandene accessorische Recht auf Allodification des Lehens nicht auf ihren Erben — den Kläger — übergehen und von ihm nicht — wie mit der vorliegenden Klage geschehen — verfolgt werden.

Er geht zwar davon aus, daß der Lehensverband schon durch das von seiner Frau erwirkte Urtheil und durch die in der Vollmacht der Beklagten enthaltene Zusage aufgehoben worden sei. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht, welche die anerkannte Verpflichtung zu einer Eigenthumsübertragung mit dem erst durch den Vertragsabschluß herbeizuführenden Eigenthumsübergang verwechselt, ist jedoch in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen genügend nachgewiesen.

Wenn endlich Kläger sich bei Begründung seiner Legitimation noch darauf beruft, daß er im frühern Rechtsstreit in dritter Instanz zur Vertheidigung des amtlichen Urtheils zugelassen wurde, so übersieht er den dafür ausdrücklich angeführten Grund, daß er als Erbe seiner Frau für die Proceßkosten haftbar gewesen wäre, so wie die weitere Bemerkung der Entscheidungsgründe, daß durch Wiederherstellung des amtlichen Urtheils nur die Unzulässigkeit der von M. Bischoff *) gegen die Allodificationsklage vorgebrachten Einwendungen ausgesprochen wurde.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

---

*) Dieser hatte sich als Intervenient in den Rechtsstreit eingemischt.

IV.

Widerruf.

1) Der Widerruf eines Zugeständnisses findet bei dem Richter, bei welchem dasselbe abgelegt wurde, nur in so lange statt, als nicht ein Urtheil höherer Instanz ergangen ist.

2) Auf dem Wege des Widerrufs ist das Vorbringen neuer Thatsachen unzulässig.

Annalen XXV. 99.

Nachdem F. Binkert mit seiner Klage auf Fortentrichtung eines jährlichen Gehalts von 1400 fl. durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 15. Dezember 1857 unbedingt abgewiesen worden war, widerrief derselbe in einem bei dem obersten Gerichtshofe eingereichten Schriftsatze vom 6. Januar 1858 die Anführung seines früheren Anwalts: daß die mündliche Zusicherung des Herrn Erzbischofs im Laufe der Vertragsunterhandlungen erfolgt sei — als irrig, mit der Behauptung, die fragliche Zusicherung sei der Signatur nachgefolgt und erst nach dieser Zusicherung der Dienst angenommen und angetreten worden.

Für die Zuständigkeit des großh. Oberhofgerichts wurde geltend gemacht, daß erst dieser Gerichtshof die fragliche Anführung seinem Urtheile zu Grund gelegt habe.

Der Antrag des Klägers ging dahin, das oberhofgerichtliche Urtheil vom 15. Dezember 1857 aufzuheben und das hofgerichtliche Erkenntniß vom 14. September 1857 wieder herzustellen.

Von beklagter Seite wurde die Zuständigkeit des höchsten Gerichtshofs sowie die Erheblichkeit und Zulässigkeit des gegentheiligen Gesuchs bestritten.

Auf weitere Verhandlung erfolgte am 21. September l. J. das oberhofgerichtliche Urtheil des Inhalts: Es sei das Gesuch des Klägers um Zulassung zum Widerruf abzuweisen ꝛc.

Entscheidungsgründe.

Nach §. 144 der Prozeßordnung sollen die thatsächlichen Anführungen und Zugeständnisse des Bevollmächtigten durch Widerruf der Partei bei dem Richter angefochten werden, bei welchem dieselben gemacht worden sind.

Diese Bestimmung kann aber nur in so lange Anwendung finden, als nicht bereits ein Urtheil höherer Instanz erlassen worden ist.

In diesem Falle kommt es nach der Natur der Sache und der Vorschrift des §. 150, in Verbindung mit §. 1208 der Prozeßordnung darauf an, welches Gericht die zu widerrufenden Anführungen und Zugeständnisse zum Nachtheil der Partei gewürdigt, und auf den Grund derselben gegen letztere erkannt haben soll.

Hiernach war der von dem Kläger versuchte Widerruf bei dem obersten Gerichtshof vorzutragen, weil dieser bereits ein Urtheil in der Sache erlassen und in Bezug auf die in Frage stehenden Erklärungen das hofgerichtliche Urtheil zum Nachtheil des Klägers abgeändert hat.

Das Gesuch des Klägers um Zulassung zum Widerruf war aber zu verweisen; nicht nur, weil der Kläger die, die angefochtenen Erklärungen enthaltende Prozeßschrift mit eigener Hand geschrieben, sie daher genehmigt und schon längst Kenntniß von derselben erhalten hat — sondern auch aus dem weiteren an und für sich entscheidenden Grunde, weil die Begründung des Widerrufs nicht sowohl die Beseitigung einer dem Kläger nachtheiligen Thatsache als die positive Einführung der neuen Behauptung enthält, daß dem Kläger nach Zustellung der Dienstsignatur eine weitere in der letzteren nicht enthaltene Zusicherung in Bezug auf sein Dienstverhältniß gemacht worden sei.

Diese Behauptung kann jedoch in der gegenwärtigen Lage des Prozesses nicht berücksichtigt und in der Form des Widerrufs einer früher behaupteten, wesentlich verschiedenen Thatsache nicht geltend gemacht werden. (P.O. §. 304 sq. 1172. 1196.)

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 40.

I.

Zehentablösung.

1) Die Bestimmungen der §§. 53 und 54 des Z.A.Ges. von 1833 (Reg.Bl. No. 49), sind mit Rücksicht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und übrigen Vorschriften des gedachten Gesetzes auszulegen und anzuwenden.

2) Ein Ablösungsvertrag kann auch ohne Zustimmung der Finanzbehörde zwischen den Berechtigten und Pflichtigen zu Recht bestehen.

3) Die Gemeinde selbst genehmigt den von ihren Vertretern abgeschlossenen Vertrag factisch dadurch, daß sie den Zehenten einbehält und dafür das festgesetzte Ablösungscapital verzinst, obgleich die Finanzbehörde ihre Zustimmung noch nicht ertheilt hat.

Aulendorf gegen Markdorf.

Ueber die Ablösung des der gräflichen Standesherrschaft Königsegg-Aulendorf auf der Markdorfer Gemarkung zustehenden Zehentens ist zwischen einem Bevollmächtigten der Zehentherrschaft und dem Zehentausschusse zu Markdorf am 31. Oktober 1845 ein Vertrag zu Stand gekommen, wodurch das in 5 Jahreszielern zu zahlende Ablösungscapital auf 6599 fl. 52 kr. festgesetzt, der Zehentbezug vom 1. Januar an sistirt und bestimmt wurde, daß von da ab das Ablösungscapital mit 5 pCt. verzinst werden soll.

In der hierüber errichteten Urkunde sind für die Zehentholden der Gemeinderath und Bürgerausschuß von Markdorf unterzeichnet. Die darin vorbehaltene Genehmigung der gräflichen Domainenkanzlei erfolgte am 27. Dezember 1845.

Die Letztere klagte dann im August 1857 gegen die Gemeinde Markdorf auf Erfüllung des Vertrags und demzufolge auch auf Zahlung des am 1. Januar 1857 mit 330 fl. verfallenen Zinses, indem sie vortrug: die großh. Finanzbehörde habe auf Mittheilung des Vertrags nebst Ablösungsberechnung und Beilagen in einem Erlasse vom 22. September 1852 erklärt, daß ihre Zustimmung zu dem vertragsmäßig festgesetzten Ablösungscapital nicht ertheilt werde, weil dasselbe durch Schätzung ermittelt worden, während über den Ertrag des Zehentens in der Normalperiode Rechnungsnachweisungen vorlägen, welche der Ablösung hätten zum Grunde gelegt werden sollen.

Das grßh. Bezirksamt Meersburg habe diese Erklärung dem Gemeinderath in Markdorf Namens der Zehentpflichtigen durch Beschluß vom 16. Oktober 1852 zur gutfindlichen weitern Maaßnahme mitgetheilt; es sei aber hierauf keinerlei Erklärung erfolgt und doch der vertragsmäßige Zins nach wie vor am jeweiligen Verfalltage bezahlt und dadurch auch factisch der Ablösungsvertrag wiederholt anerkannt und genehmigt worden, sohin dem §. 55 des Z.A.Ges. gemäß für beide Theile rechtlich bindend und zwar um so mehr als seit dem Vertragsabschluß die Leistung des Naturalzehentens von den Zehentpflichtigen eingestellt sei.

Erst in einem Berichte vom 22. Februar 1855 (also 10 Jahre nach Abschluß des Vertrags), habe der Gemeinderath und Bürgerausschuß erklärt, daß, nachdem die Finanzbehörde dem Ablösungsvertrag vom 31. Oktober 1845 ihre Genehmigung versagt habe, nun auch die zehentpflichtige Gemeinde die nach §. 55 des Z.A.Ges. erforderliche Ratification nicht ertheilen könne und sich dem Verlangen der Finanzbehörde anschließe.

Dessenungeachtet habe die Gemeinde das Ablösungscapi-

tal auch pro 1. Januar 1856 noch an die Zehentherrschaft verzinst und dadurch wiederholt jenen Vertrag factisch genehmigt.

Dieselbe verweigere nun aber die Bezahlung des auf den 1. Januar 1857 verfallenen Zinses mit der Erklärung, den Ablösungsvertrag nicht halten, sondern gerichtliche Verhandlungen nach §. 59 und 60 des Z.A Ges. einleiten zu wollen, weßhalb nichts anderes übrig bleibe, als sie auf Haltung des auch ausdrücklich durch die Unterschriften des gesammten Gemeinderaths und Bürgerausschusses genehmigten Vertrags zu belangen.

Die Beklagte, welche den thatsächlichen Inhalt der Klage in allen wesentlichen Punkten zugestand, schützte unter Bezug auf die §§. 53 und 55 des Z.A.Ges. vor, daß der Vertrag vom 31. Oktober 1845 gar nicht zur Rechtsgültigkeit gelangt sei, weil weder sie selbst noch die Finanzbehörde denselben ratificirt und weil die Zinszahlung lediglich im §. 10 des Z.A.Ges. ihren Grund habe.

Der Unterrichter hat denn auch die Klage, in so weit sie auf Haltung des Vertrags vom 31. Oktober 1845 bezüglich des Ablösungskapitals von 6599 fl. 52 kr gerichtet ist, abgewiesen, dagegen die Beklagte für schuldig erklärt, den auf den 1. Januar 1857 verfallenen Zins mit 330 fl. zu bezahlen, indem er die von der Beklagten geltend gemachte Ansicht adoptirte und in Ansehung des Zinses davon ausging, daß dieser Vertragspunct weder von der Zustimmung der Finanzbehörde noch von der Ratification der Gemeinde abhängig sei.

Die Beklagte beruhigte sich bei dieser Entscheidung, wogegen die Klägerin, soweit sie abgewiesen wurde, die Appellation einführte, welche aber ein bestättgendes Urtheil zur Folge hatte.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wenn auch der Gemeinderath und Bürgerausschuß von Markdorf den von den beiderseitigen Bevollmächtigten abgeschlossenen Zehntablösungsvertrag vom 31. Oktober 1845 genehmigt hat, so bleibt es mindestens zweifelhaft, ob diese Genehmigung selbst für den Fall ertheilt werden wollte, daß die Finanzbehörde ihre Zustimmung versage, da der Vertrag hierüber keine Bestimmung enthält und im Hinblick auf §. 53. 54 und 55 des Z.A Ges. im Zweifel angenommen werden muß, daß vor erfolgter Erklärung der Finanzbehörde eine endgültige Genehmigung nicht stattgefunden habe.

War es aber die Absicht des Gemeinderaths und Ausschusses, den Vertrag ohne Rücksicht auf eine etwaige Beanstandung desselben durch die Finanzbehörde zum Voraus endgültig abzuschließen, so hat er dadurch seine Befugniß überschritten, weil ein derartiger Vertrag zufolge §. 114 Abs. 2 Gemeinde Ord. nur mit Zustimmung oder besonderer Ermächtigung der Gemeinde rechtsverbindlich eingegangen werden kann. Das Z.A.Ges. gibt zwar dem Gemeinderath und Ausschuß ausnahmsweise das Recht, einen Zehntablösungsvertrag auch ohne Zustimmung der Gemeinde entgültig zu genehmigen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß zuvor eine Prüfung desselben durch die Finanzbehörde stattgefunden hat, weil dadurch erst den Vertretern der Gemeinde die Möglichkeit gegeben ist, auch ihrerseits den Vertrag allseitig zu prüfen. Diese beschränkte Ermächtigung des Gemeinderaths und Ausschusses ist als Ausnahme streng auszulegen und kann deßwegen nicht dahin ausgedehnt werden, daß den genannten Gemeindecollegien ein unbedingtes Genehmigungsrecht Namens der Gemeinde zustehe.

Auch liegt in der Thatsache, daß die Gemeinde seit dem Jahr 1845 und selbst nach erfolgter Erklärung der Finanzbehörde das im Ablösungsvertrag angenommene Ablösungscapital verzinst hat, keine rechtsgültige Anerkennung des Vertrags, wie schon von dem Unterrichter nachgewiesen wurde, sondern nur ein Uebereinkommen dahin, daß einstweilen und bis zu endgültiger Festsetzung des Ablösungscapitals statt des Naturalzehentbezugs die Verzinsung des provisorisch angenommenen Ablösungscapitals, vorbehaltlich künftiger gegenseitiger Berechnung, einzutreten habe.

Aus diesen Gründen kann der vor erfolgter Erklärung der Finanzbehörde vom Gemeinderath und Ausschuß genehmigte Ablösungsvertrag vom 31. Oktober 1845 der Gemeinde gegenüber nicht als rechtsverbindlich betrachtet werden (L.R.S. 1998), weßhalb das unterrichterliche, die Klage auf Haltung jenes Vertrags abweisende Urtheil zu bestätigen war. —

Auf die gegen das hofgerichtliche Urtheil eingewandte Oberappellation erkannte der höchste Gerichtshof am 21. September l. J. mit überwiegender Majorität abändernd nach dem Klagbegehren.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Klage auf Erfüllung des von der beklagten Gemeinde Namens der Zehntpflichtigen mit der Klägerin

abgeschlossenen Zehntablösungsvertrags vom 31. Oktober 1845 hat die Beklagte mit der Einrede begegnet, daß die Finanzbehörde vor Abschluß des Vertrags nicht gehört und nach Abschluß desselben ihre Zustimmung verweigert habe.

Diese Einrede ist jedoch — wenigstens unter den vorliegenden Umständen — nicht zu berücksichtigen gewesen.

Nach §. 53 des Zehntablösungsgesetzes ist zwar zur Rechtsgültigkeit des gütlichen Uebereinkommens die Ratification des Zehndberechtigten, die Zustimmung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses, endlich aber die Genehmigung der Finanzbehörde erforderlich — auch soll nach §. 54 dieses Gesetzes die Erklärung der letzteren vor der Genehmigung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses eingeholt werden.

Diese Bestimmungen sind jedoch mit Rücksicht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die übrigen Vorschriften des betreffenden Gesetzes auszulegen und anzuwenden.

Schon der §. 55 des Gesetzes ergibt eine Beschränkung des §. 53 dahin, daß der Ablösungsvertrag zwischen den Parteien, d. h. dem Zehntberechtigten und den Zehntpflichtigen, auch ohne Erklärung beziehungsweise Zustimmung der Finanzbehörde verbindlich werden kann, wenn jene in der bestimmten Frist überall nicht, oder in ablehnender Weise, erfolgt.

Die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Finanzbehörde ist daher nur in so ferne erforderlich, als der Vertrag auch die Staatskasse verbinden soll, während er auch ohne solche Zustimmung zwischen den Berechtigten und Pflichtigen zu Recht bestehen kann.

Zwar ist der Gemeinderath und Bürgerausschuß nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 55 zur Ratification des Vertrags erst nach erfolgter Erklärung der Finanzbehörde, oder deren Versäumung, befugt, während ihm eine solche Befugniß vor jenem Momente nicht beigelegt ist.

Findet man nun hierin auch eine gesetzliche Beschränkung für die Bevollmächtigten der Gemeinde, beziehungsweise Zehntpflichtigen, so kann diese Beschränkung doch nicht für die Partei selbst, insbesondere die Gemeinde, in Vertretung der Zehntpflichtigen gelten; die Verfügungsgewalt der Letzteren ist gesetzlich nicht gehemmt, sie kann daher zu jeder Zeit auf die Wohlthat des Gesetzes — bessere Information durch die Staatsbehörde — verzichten, und ohne Rücksicht auf solche mit dem Zehntberechtigten ein bindendes Uebereinkommen treffen, und ebenso eine derartige Abrede ihrer Vertreter genehmigen.

Der in Frage stehende Ablösungsvertrag wurde im Namen der Gemeinde resp. der Zehntpflichtigen von dem Gemeinderath und Bürgerausschuß mit dem Zehntberechtigten ohne Vorbehalt für Erstere und vor Erhebung der fiskalischen Erklärung in bindender Weise abgeschlossen, wie dieses theils aus dem Inhalt des Vertrags, theils aus der sofortigen Einstellung des Zehntbezugs und der Verzinsung des festgesetzten Ablösungskapitals zu entnehmen ist. (Z.A.Ges. §. 9. 10. 55. 56.)

Die Gemeinde selbst hat aber den von ihren Vertretern vor Einholung der fiskalischen Erklärung und mit Verzicht auf solchen abgeschlossenen Vertrag in so ferne durch die That genehmigt, als der Zehnten forthin einbehalten und das Ablösungskapital mehrere Jahre hindurch verzinst worden ist, nachdem die ablehnende Erklärung der Finanzbehörde bereits erfolgt und der Gemeinde bekannt geworden war. (L.R.S. 1108 a b.)

Die Behauptung, daß nach der Erklärung der großh. Finanzbehörde die Bezahlung der Zinse des Ablösungskapitals nicht mehr zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrags, sondern aus dem Grunde geschehen sei, weil der Zehnten faktisch eingestellt gewesen, kann nicht als erheblich angesehen werden; denn die Gemeinde hat darüber keine Erklärung oder Verwahrung an den Zehntherrn abgegeben, und es wäre daher jedenfalls nur eine einseitige Aenderung derjenigen Absicht, in der die Entrichtung früher geschehen ist, vorhanden, welche arg. L.R.S. 1338 a keine Folge haben kann. Zudem lag die Voraussetzung des Gesetzes, unter welcher die Zinsen auch ohne definitive Feststellung des Ablösungskapitals bezahlt werden sollen, hier nicht vor.

Damit ist der eingeklagte Vertrag jedenfalls auch für die beklagte Gemeinde verbindlich geworden und der versuchte Widerruf desselben ausgeschlossen 2c.

D. R.

II.

Haben die Eltern natürlicher, von ihnen anerkannter, Kinder an deren Nachlaß ein Vorbehaltsrecht? L.R.S. 765.

Wenn man, des Systemes wegen,*) für die verschie-

*) Zachariä, 4. Auflage §. 604. Anm. 1.

derartigen Elemente der s. g. außerordentlichen Erbfolge einige allgemeine Regeln aufstellen will, so wird unter Anderem der Satz, daß hiebei prinzipiell ein Vorbehaltsrecht nicht besteht, keine Beanstandung erfahren. Gegentheilige, im Gesetze zu findende, Bestimmungen sind also Ausnahmen, und die eine derselben, nämlich das Vorbehaltsrecht der natürlichen anerkannten Kinder, ist auch, zumal im Hinblick auf die Zusätze unserer Uebersetzung des Code Napoléon, wohl unbestreitbar. Um so bestrittener aber ist die Frage, ob umgekehrt den natürlichen Eltern ein gleiches Recht zusteht, und weder in der Rechtsprechung der französischen Gerichte, noch viel weniger in unserer vaterländischen Praxis, ist diese Controverse entschieden, welcher auch überdies nicht viele Vorkommnißfälle zu Grunde liegen.

Nicht unangezeigt erscheint es daher, einen neueren derartigen Fall bekannt zu geben. Das Thatsächliche enthalten die im Wesentlichen unten folgenden Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des großh. Amtsgerichts M., welches eine deßfallsige, gegen die Vermächtnißnehmer eines natürlichen Kindes auf Minderung der Schenkungen angestrengte Klage als nicht stattfindend verwarf, und welches Urtheil unterm 4. August d. J. von dem großh. oberrheinischen Hofgerichte, gegenüber der klägerischen Appellation, seiner Verfügung und Begründung nach bestätigt wurde.

Entscheidungsgründe.

Nachdem am 12. April 1857 die Cäcilie Grotzinger, natürliche anerkannte Tochter des Fidel Bächle von N., gestorben war, so empfingen bei der Erbtheilung die jetzt beklagten Geschwister der Mutter der Erblasserin kraft deren letztwilliger Verfügung vom 28. Februar 1857 die Hinterlassenschaft als Vermächtnißnehmer. Hiegegen erhebt sich die vorwürfige Klage, indem behauptet wird, es habe beim Tode der Erblasserin deren natürlicher Vater, Fidel Bächle, noch gelebt und also ein Erbfolgerecht an den Nachlaß seiner, ohne eigne Nachkommen verstorbener, Tochter erworben, welchen Anspruch nunmehr die klägerische Ehefrau, als Rechtsfolgerin des Fidel Bächle, für sich geltend macht, wobei sie jedoch, Angesichts der erwähnten letztwilligen Verfügung der Erblasserin, nur den, dem Fidel Bächle von seiner Intestatportion zukommenden Vorbehalt, d. h. den vierten Theil der Erbmasse, verlangt, beziehungsweise insoweit die letztwillige Schenkung der Verlebten gemindert haben will.

Allein diesem Anspruche steht vor Allem der Mangel an rechtlicher Begründung entgegen.

Es existirt nämlich kein Gesetz, auf welches sich der Anspruch eines Vorbehalts der natürlichen Eltern an dem Nachlaß der von ihnen anerkannten und vorverstorbenden Kinder stützen kann. Solche Eltern erscheinen allerdings nach L.R.S. 765 in gewissen Fällen als außerordentliche Erbfolger. Es ist aber klar, daß man hieraus allein noch keineswegs auf ein Vorbehaltsrecht schließen kann, sowenig als man den anderweiten Erbfolgern der L.R.S.S. 767 und 768 ein solches deßwegen einräumen wird, weil sie Erbfolger seien. Ausdrücklich hat nur der L.R.S. 761 und sein Zusatz den natürlichen Kindern, und L.R.S. 745 a den Ehegatten als solchen, in gewissen Fällen einen Pflichttheil gegönnt; eine gleiche ausdrückliche Begünstigung der natürlichen Eltern findet sich nicht vor. Vorausgesetzt wird hiebei freilich, daß das im L.R.S. 765 statuirte Recht derselben keineswegs, wie Brauers „Erläuterungen" anzudeuten scheinen, ein wirkliches Erbrecht, sondern eben nur die außerordentliche Erbfolge des 4. Kapitels des 1. Titels im 3 Buche des Landrechtes ist, als welches es sich gerade durch diese seine Stelle im Rechtssystem kennzeichnet. Und damit steht die Unterstellung in Verbindung, daß das 3. Kapitel des 2. Titels im gleichen Buche des Landrechtes, welches von der Minderung der Schenkungen handelt, nur die eigentlichen Erben, insbesondere die in L.R.S. 745 und 746 bezeichneten Personen, vorgesehen hat, nicht aber auch die außerordentlichen Erbfolger, und nur jenen ersteren, also den ehelichen Descendenten und Ascendenten, ein Vorbehaltsrecht einräumt, wonach sofort der Ausdruck „Ahnen" des L.R.S. 915 die ganze „eheliche Ascendentenschaft" umfaßt, und dieser L.R.S. überhaupt nicht mit dem L.R.S. 765 in Verbindung gebracht werden kann. Vergl. auch Zachariä, 5. Aufl. §. 677 a. E., 680 a. E.

In Ermangelung positiver Gesetzesnormen aber läßt sich das Vorbehaltsrecht der natürlichen Eltern auch nicht auf dem Wege analogischer Anwendung anderweiter Gesetzesbestimmungen konstruiren, denn eine solche Analogie würde gegen die Maxime verstoßen, daß jede Beschränkung der freien Dispositionsbefugniß auf direkte Aussprüche der Gesetzgebung sich zurückführen lassen muß und die Vermuthung gegen sich hat; außerdem aber verbietet hier geradezu der L.R.S. 921 Abs. 1 jede Analogie. Es sind deren freilich trotzdem schon versucht worden, al-

fein sie erscheinen überdies nicht einmal stichhaltig, in welcher Beziehung nur noch Folgendes bemerkt sein mag:

a) Die Billigkeit, auf welche man das Vorbehaltsrecht der natürlichen Eltern zurückführen will, weil ja auch die Kinder ein solches hätten, diese Billigkeit kommt wohl, abgesehen von der Unstatthaftigkeit einer solchen Rechtsbegründung, eben den Kindern in viel höherem Maße zu Statten, weil auch die Eltern, die die Existenz der Kinder veranlaßt und zu verantworten haben, unstreitig ein größeres Maß von Pflichten gegen die Kinder zu erfüllen haben, als umgekehrt, und eben deßwegen hat auch der Gesetzgeber nur die Eltern ausdrücklich in ihrer letztwilligen Dispositionsbefugniß zu Gunsten der (natürlichen) Kinder beschränkt. Damit fällt auch

b) die angebliche Nothwendigkeit einer Gegenseitigkeit weg, welche das Pflichttheilsrecht als eine Erweiterung des Alimentationsrechtes auffaßt, und deßhalb den Eltern ebensowohl ersteres einräumen will, wie sie letzteres schon hätten, und wie auch die Kinder beide schon nach dem Gesetze hätten. Allein außer dem oben schon andeutungsweise Eingewendeten kommt hier noch der Umstand entgegen, daß das Alimentationsrecht der Eltern an und für sich nicht das gleiche, wie das der Kinder, sondern nur ein subsidiäres, ist. Fehlt also schon hiernach der gleiche Grund für beide Vorbehaltsrechte, so würde, wenn man gleichwohl beide gelten lassen wollte, die Gegenseitigkeit wieder dadurch alterirt werden, daß man den natürlichen Eltern nothwendig den gleichen Umfang des Pflichttheils zuschreiben müßte, wie den ehelichen Eltern, weil etwas Anderes sich nirgendwo mit Fug entnehmen läßt, während die natürlichen Kinder bekanntlich gegenüber den ehelichen sehr beschränkt sind.

c) Es ist aber endlich das Vorbehaltsrecht keineswegs eine bloße Erweiterung des Alimentationsanspruches, sondern auch, wie schon im römischen Rechte zweifellos unterstellt werden muß, ein Ehrenrecht, und diese höhere Anschauungsweise trägt dazu bei, die versuchte Analogie des Pflichttheilsrechts der natürlichen Eltern von demjenigen der legitimen Eltern zu beseitigen. Die außerehelichen Erzeuger können sich immerhin mit ihrem Recht auf Intestaterbfolge auch ohne Vorbehalt begnügen, als einer Aufmunterung und Belohnung wegen ihrer Anerkennung illegitimer Sprößlinge, während die ehelichen Ascendenten von dem Gesetze mit Rücksicht auf die Sittlichkeit der Ehe und zu Gunsten der ehelichen Erzeugung überall mit einer höheren würdigeren und daher auch vermögensrechtlich günstigeren Stellung mit Recht begabt sind. Hat demnach das Gesetz mit allem Fug zu Gunsten der Kinder, wenn diese nur überhaupt in Folge von Anerkennung oder ehelicher Geburt Eltern und Erb- oder Erbfolgerechte besitzen, das Dispositionsrecht der Eltern beschränkt, so läßt sich Andrerseits mit gutem Grunde die Unterscheidung aufstellen, daß

die außerehelichen Erzeuger, welche ihre Sprößlinge nicht anerkennen, an deren Nachlaß auch nichts zu suchen haben,

diejenigen natürlichen Eltern aber, welche ihrem Kinde wenigstens den Vortheil der Anerkennung gewähren, auch wenigstens das außerordentliche Erbfolgerecht des L.R.S. 765 genießen,

die legitimen Erzeuger aber endlich, außer ihrem Erbrechte, auch ein Vorbehaltsrecht, als ein Ehrenrecht, für den Fall haben, daß das Kind lieber Anderen, als den vom Gesetz berufenen Eltern, seinen Nachlaß zuwenden wollte, was dem natürlichen Kinde immer noch zusteht.

Vrgl. auch Laukhard, n. F., 4. Bd. S. 310.

E.

III.

Appellation und Beschwerdeführung.

1) Kein Gläubiger hat das Recht, während des Gantverfahrens eine Vorauszahlung zu verlangen.

2) Gegen die abschlägliche Verbescheidung eines solchen Begehrens findet weder Appellation noch Beschwerdeführung statt.

Versorgungsanstalt gegen v. Böcklins Gant.

Der gegenwärtige Fall reiht sich der früheren Mittheilung in den Annalen XXIV. 118—120 an.

In der Folge wurden die reinen Erträgnisse aus dem der Versorgungsanstalt verpfändeten Hause durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 16. Juni 1858 auf 2085 fl. 5 kr. festgesetzt.

Die genannte Anstalt verlangte sodann die Vorauszahlung dieses Betrags, worauf ihr jedoch durch hofgerichtliche Verfügung vom 21. Juli l. J. eröffnet wurde, daß diesem Antrage zur Zeit nicht statt gegeben werden könne.

Hiergegen ergriff die Versorgungsanstalt das Rechtsmittel der Appellation. Zur Nachweisung der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels vorgeladen, berief sich der Anwalt auf

Stempf, Gantv. S 17,
Annalen, XV. 38—40,
Jahrbücher, n. F. X. 240,

mit dem Anfügen, daß der Gantrichter als uncontrolirter Souverain erscheinen würde, wenn man in den Fällen des §. 805 der Pr.O., weil blos eine Handlung der Aufsichtsbehörde über die Masseverwaltung in Frage sei, die Appellation ausschließen und auch die Beschwerdeführung nicht zulassen wollte, welche letztere hier mit der erstern eventuell verbunden werde.

Beide Rechtsmittel wurden jedoch durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 8. Oktober d. J. für unstatthaft erklärt.

Entscheidungsgründe.

Die Berufung ist gegen die Verfügung des großherz. Hofgerichts des Oberrheinkreises vom 21. Juli d. J. gerichtet, wodurch der Antrag der liquidantischen Versorgungsanstalt auf Vorauszahlung ihres Anspruchs an die v. Böcklin'sche Gantmasse zur Zeit zurückgewiesen wurde.

Die eingelegte Berufung erscheint jedoch als unstatthaft.

Der Antrag der Liquidantin beruht auf der Bestimmung des §. 805 der Pr.O. Diese Gesetzesbestimmung gibt aber schon ihrem Wortlaute nach dem Gläubiger kein Recht, eine Vorauszahlung zu verlangen; sie ertheilt vielmehr nur dem Gantrichter die Befugniß, eine solche zu bestimmen, wenn und in welchem Umfange er dies nach Lage der Sache für angemessen erachtet.

Es ist dies eine Bestimmung rein administrativer Natur, die wie andere Vorschriften des Gesetzes — wie die §§. 789 ff., 844. 848. 887. 904 d. Pr.O. — Mahnungen und Auflagen an das Gantgericht in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde über die Masseverwaltung enthalten, solche Maaßregeln zu ergreifen, welche die Befriedigung der Gläubiger zu sichern, die Erledigung des Gantverfahrens zu beschleunigen, dieses selbst zu vereinfachen, somit in jeder geeigneten Weise das Interesse der Gläubigerschaft zu fördern tauglich sind. Eben deßhalb aber, weil diese Maaßregeln je nur nach Ermessen der Zweckmäßigkeit zu treffen sind, kann keinem Gläubiger ein unbedingtes Recht darauf, daß sie getroffen werden, und damit — da kein wohlerworbenes Recht gekränkt wird — auch kein Klagrecht zustehen, wofür es überdies auch an einem Beklagten fehlen würde, da weder der Richter noch die übrigen Gläubiger in dieser Beziehung in einem obligatorischen Verhältnisse zu dem Liquidanten stehen.

Es wurde nun aber auch fürsorglich gegen die erwähnte hofgerichtliche Verfügung das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergriffen; jedoch auch dieses muß für unstatthaft erkannt werden.

Hat nämlich der Gläubiger dem Vorgesagten gemäß kein Recht, eine solche Verfügung zu verlangen, stellt das Gesetz lediglich in das Ermessen des Gantrichters: ob und wie eine solche Verfügung zu erlassen sei — so kann dem Gläubiger auch keine Beschwerde zustehen, daß die von ihm gewünschte Verfügung nicht, oder nicht in der von ihm begehrten Weise erlassen wird — zumal, als es für die Beschwerdeführung auch an dem gesetzlichen Anhalte fehlt, den §. 1199 der Pr.O. gibt, da dieselbe unter keinen der Fälle sich bringen läßt, in welchen jene Gesetzesstelle das Rechtsmittel der Beschwerdeführung für statthaft erklärt.

Aus diesen Gründen 2c.

D. R.

IV.

Bürgschaft und Vermögensübergabe.

Der Uebernehmer eines Vermögens haftet kraft Gesetzes für die zur Zeit der Uebergabe vorhandenen Schulden des Uebergebers, jedoch nicht weiter als das übernommene Vermögen reicht.

Dr. Stabel, Vorträge S. 133.
Dr. Ladenburg, Annalen XXII. 97.

Mittelst Vertrags vom 16. Dezember 1848 hatte Ignaz Seidel wegen anhaltender Kränklichkeit sein Vermögen dem Bruder Franz Xaver Seidel zu Eigenthum übergeben, nachdem er schon früher in Gemeinschaft mit 4 andern Personen für eine zu 5 pCt. verzinsliche Forderung des C. F. Mallebrein von 900 fl. Bürge geworden war.

Nach dem Tode des Uebergebers wurde der Uebernehmer von Mallebrein auf Zahlung des Capitals von 900 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. November 1852 und 237 fl. 45 kr. rückständigen Zinsen klagend in Anspruch genommen und auch durch die conformen Urtheile erster und zweiter Instanz zur Zahlung eines Fünftheils unter Haftbarkeit für den ganzen Betrag im Falle der Unbeibringlichkeit von den besonders zu belangenden übrigen 4 Bürgen für schuldig erkannt.

Im dritten Rechtszuge erfolgte aber am 5. Oktober l. J. eine theils bestätigende, theils abändernde Entscheidung dahin:

> daß der Beklagte für die ihm in den Urtheilen der vordern Instanzen auferlegten Verpflichtungen nur bis zum Belaufe des durch den Vertrag vom 16. Dezember 1848 übernommenen Vermögens des Ignaz Seidel zu haften habe.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger belangt den Beklagten als Universalsuccessor in das Vermögen des Ignaz Seidel auf Erfüllung einer Bürgschaftsverbindlichkeit, die Ignaz Seidel für eine Forderung des Klägers an Johann Ohnmacht übernommen hat. Durch den zwischen Ignaz Seidel und dem Beklagten unterm 16. Dezember 1848 zu Stande gekommenen und anerkannten Vertrag ist hergestellt, daß der Beklagte das Vermögen seines Bruders übernommen hat, wie schon in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen nachgewiesen und vom Beklagten auch nicht widersprochen wurde. Ebenso ist dargethan, daß Ignaz Seidel zur Zeit der Vermögensübergabe die Bürgschaft, auf deren Erfüllung die Klage gerichtet ist, geleistet hatte.

Aus diesen Thatsachen folgt nun aber die Verpflichtung des Beklagten, für jene Bürgschaftsschuld einzustehen. Wenn nemlich auch nach dem Code Napoléon bestritten ist, ob das Vermögen als Inbegriff der Activa und Passiva einer Person in anderen Fällen, als in solchen, welche das Gesetz ausdrücklich vorgesehen hat, durch Rechtsgeschäfte unter Lebendigen auf eine andere Person übertragen, und damit eine Universalsuccession begründet werden könne, so ist es doch nach unserm Landrechte nicht zweifelhaft, daß Vermögensübergaben unter Lebenden sowohl in freigebiger als belasteter Weise stattfinden können, und der Begriff der Uebergabe eines Vermögens bringt es von selbst mit sich, daß das Vermögen nicht ohne die Schulden des Uebergebers auf den Empfänger übergehen kann. Zudem ist dieses ausdrücklich anerkannt in dem §. 17 des Gesetzes über die Vermögensübergaben und in L.R.S. 1983 e. — Dagegen haftet ein solcher Uebernehmer schon kraft Gesetzes nicht über den Betrag des empfangenen Vermögens hinaus; denn die unbedingte Haftbarkeit für die Schulden des Vorgängers ist nur eine Folge jener Successionen, welche eine Repräsentation der Person des Vorgängers in sich schließen, wie die Succession der gesetzlichen oder Testamentserben, weßhalb diese durch die Antretung der Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventariums sich gegen die Haftung mit dem eigenen Vermögen schützen müssen. Wo dagegen die Succession nur eine Nachfolge in das Vermögen ohne Fortsetzung der Persönlichkeit des Vorgängers ist, wie bei Erbfolgern, und insbesondere auch bei Vermögensübergaben unter Lebendigen, liegt der Grund der Haftbarkeit nur in dem Besitze des Vermögens und kann daher nicht über den Betrag desselben hinausreichen, sobald dieser festgestellt ist. Hiernach hat also der Beklagte mit Recht geltend gemacht, daß er in keinem Falle weiter zu haften habe, als das übernommene Vermögen reicht und er ist durch das hofgerichtliche Urtheil beschwert, soweit er unbedingt verurtheilt wurde ꝛc.

D. R.

V.

Kaufvertrag.

1) Unterschied zwischen Verkaufszusage und Verkaufsabschluß.

2) Auslegung eines dunklen oder zweideutigen Gedings wider den Verkäufer.

Vermeitinger gegen Unsinn.

Der in Carlsruhe wohnhafte Beklagte hatte sein Haus in Kehl durch einen Dritten zur öffentlichen Versteigerung bringen lassen. Am Schlusse der Versteigerungsbedingungen heißt es: „Von Seiten des Verkäufers wird 8 Tage Genehmigung vorbehalten."

Der Beklagte ertheilte jedoch die Genehmigung nicht, sondern verkaufte sein Haus später aus freier Hand unter den im früheren Versteigerungsprotokoll enthaltenen Bedingungen, weigerte sich aber in der Folge, diesen Vertrag zu halten, worüber es zur Klage kam, gegen welche sich der Verkäufer damit zu vertheidigen suchte, daß er in der Frist von 8 Tagen die vorbehaltene Genehmigung nicht ertheilt habe, weil seine Frau, deren Zustimmung er in der gedachten Frist einholen wollte, dem Vertrag entgegen gewesen sei.

Wegen dieser Zustimmung ist jedoch in der Urkunde kein Vorbehalt gemacht, und solche gleichwohl vom Beklagten unterschrieben, welcher denn auch von den Gerichten aller drei Instanzen zur Haltung des Vertrags verurtheilt wurde.

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 28. September 1858.

Am 13. Januar 1857 setzte der Beklagte sein in der Stadt Kehl gelegenes Haus einer freiwilligen Versteigerung aus. Am Schlusse der Kaufbedingungen wurde die Genehmigung des Meistgebots während 8 Tagen vorbehalten. Dasselbe wurde jedoch nicht genehmigt, dagegen hat der Beklagte im Februar desselben Jahres mit dem Kläger unter der Hand einen Kauf abgeschlossen. Die hierüber aufgenommene Urkunde besagt:

„Das in dem Protokoll vom 13. Januar 1857 beschriebene Wohnhaus sammt Zugehörde ist heute unter den dort vorgetragenen Bedingungen an letzteren (den Kläger) verkauft worden."

Der Klage auf Erfüllung dieses Kaufs setzte der Beklagte die Behauptung entgegen, daß die im Steigerungsprotokoll vom 13. Januar vorkommenden Bedingungen, folglich auch der Vorbehalt der Genehmigung, welche von ihm nicht ertheilt worden sei, nach Inhalt der gedachten Urkunde auch für den Privatkauf Geltung haben müßte. Diese Behauptung ist jedoch, soweit sie sich auf jenen Vorbehalt bezieht, ungegründet.

Der Act der Steigeruung enthielt nemlich nur eine Verkaufszusage, indem das Angebot des Käufers noch der vorbehaltenen Einwilligung des Verkäufers bedurfte. Bei dem nachgefolgten Privatkaufe handelte es sich nicht um eine blose Verkaufszusage, sondern der Kauf wurde endgiltig abgeschlossen, denn der Kaufgegenstand ist, wie sich die Vertragsurkunde ausdrückt, um den dort angegebenen Preis dem Kläger **verkauft worden**. Muß hiernach der Kauf als ein perfect gewordener angenommen werden, so ist damit der Vorbehalt der Genehmigung schlechterdings nicht zu vereinigen. Es ist daher rechtlich undenkbar, daß mit der Rückbeziehung auf die Bedingungen des Steigerungsprotokolls auch die Beibehaltung des Genehmigungsvorbehalts beabsichtigt werden konnte. Nur das mit jenem Vorbehalte nicht zu verwechselnde Recht des Rücktritts wäre mit dem vollendeten Kaufabschlusse vereinbar gewesen, dieses hätte sich der Beklagte aber ausdrücklich vorbehalten müssen. Die Kaufurkunde erwähnt aber eines solchen Reuerechts nicht und was etwa hierüber bei dem Vertragsabschlusse mündlich verhandelt wurde, ist nach Satz 1341 des Landrechts unerheblich.

Könnte aber auch über den Sinn der Kaufurkunde in der erwähnten Beziehung irgend ein Zweifel entstehen, so müßte nach Satz 1162 und 1602 das dunkle oder zweideutige Geding wider den Verkäufer ausgelegt werden, weil es ihm obgelegen hat, für den deutlichen Ausdruck der verabredeten Verbindlichkeiten zu sorgen.

Hiernach stellt sich die vom Beklagten gegen das hofgerichtliche Urtheil erhobene Beschwerde als grundlos dar &c.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 41.

I.

Verjährung bei der Rechnersuntreue. Fassung des Erkenntnisses bei der Verjährung. Entscheidung über den Entschädigungspunkt.

In der Untersuchungssache gegen Xaver Diener von O. wegen Rechnersuntreue wurde vom Hofgericht des Seekreises am 23. Dezember v. J. erkannt, daß wegen eingetretener Verjährung kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden und der Angeschuldigte von den Kosten freizusprechen, auch die Gemeinde O. mit ihren Entschädigungsansprüchen an den bürgerlichen Richter zu verweisen sei.

Gründe.

In Erwägung, daß der Angeschuldigte Xaver Diener nach seiner und seines Nachfolgers Thadä Welte übereinstimmenden Angabe, welche durch den Inhalt der Gemeinderechnungen vom 1. Juni 1843 bis dahin 1844, und vom 1. Juni bis 31. Dezember 1844 unterstützt wird, den Dienst als Gemeinderechner am 1. Juni 1844 dem Thadä Welte übergeben und von diesem Zeitpunkt an keine Gelder der Gemeinde O. mehr verwaltet hat;

in Erwägung, daß auch kein Grund zu der Unterstellung vorliegt, daß Xaver Diener bei den späteren Veruntreuungen des Thadä Welte betheiligt war;

in Erwägung, daß demnach das Verbrechen der fortgesetzten Rechnersuntreue, dessen Xaver Diener beschuldigt ist, mit dem 1. Juni 1844 als beendigt erscheint, wobei der Umstand, daß eine Abrechnung und förmliche Dienstübergabe zwischen beiden Rechnern nicht stattfand, ebenso unerheblich ist, als die weitere Thatsache, daß die letzte Rechnung Xaver Diener erst später durch einen Rechnungsverständigen gestellt und am 18. Dezember 1844 dem Gemeinderath publicirt ward, indem immerhin die Dienstführung Dieners mit dem 1. Juni 1844 thätlich aufgehört hat und zur Vollendung des Verbrechens der Rechnersuntreue eine förmliche Stellung und Uebergabe der Rechnung nicht erfordert wird;

in Erwägung, daß Xaver Diener erst mit Erlaß großh. Seekreisregierung an das großh. Bezirksamt Radolfzell vom 5. September 1854 wegen fortgesetzter Rechnersuntreue vor Gericht gestellt wurde; daß dieses Amt als Verwaltungsbehörde, nachdem es am 15. September 1854 das Vermögen Dieners mit Beschlag belegt hatte, denselben am 23. September 1854 über das ihm zur Last gelegte Verbrechen summarisch einvernommen und sofort die erwachsenen Akten zur Einleitung gerichtlicher Untersuchung an den Justizbeamten übergeben hat, welch Letzterer erst am 13. März 1856 einen neuerlichen Vermögensbeschlag verfügte und am 4. November gl. J. das erste Verhör vornahm;

in Erwägung, daß nach §. 190 Ziff. 2. 191. 192 St.G.B. bei Verbrechen, welche, wie das vorliegende, nicht mit einer 8 Jahre Zuchthaus übersteigenden Strafe bedroht sind, die gerichtliche Verfolgung durch Ablauf von 10 Jahren von dem Zeitpunkte der Vollendung des Verbrechens an verjährt und die Verjährung nur durch eine gerichtliche gegen den Angeschuldigten als solchen vorgenommene Handlung unterbrochen wird;

in Erwägung, daß demnach die Verfügungen des Amtes Radolfzell vom 15. und 23. September 1855 als von der Verwaltungsbehörde ausgegangen nicht nur an und für sich nicht geeignet sind, die Verjährung zu unterbrechen, sondern überdies erst nach Ablauf von 10 Jahren von der Zeit der Vollendung des Verbrechens erlassen wurden und das gerichtliche Verfahren gegen den Angeschuldigten erst im Jahre 1856 eingeleitet wurde, zu welcher Zeit die Verjährung längst eingetreten war;

in Erwägung, daß bei dieser Rechtslage der Strafrichter auch nicht über die im Wege der Anschließung geltend gemachten bürgerlichen Rechtsansprüche zu erkennen hat, weil keiner der in §. 333 St.Pr.O. vorgesehenen Fälle vorliegt;

in Erwägung, daß nemlich das dem X. Diener zur Last gelegte Verbrechen an und für sich allerdings ein strafbares und zwar gerichtlich strafbares ist, die gerichtliche Verfolgung aber im gegebenen Falle nur wegen eingetretener Verjährung nicht stattfindet, während nach §. 333 cit. bei einer Straflosserklärung nur dann vom Strafrichter gleichwohl über den Civilpunkt erkannt werden kann, wenn die Untersuchung ergibt, daß der objective Thatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung überhaupt nicht vorhanden ist;

in Erwägung, daß zwar der §. 333 cit. noch die weitere Bestimmung enthält, daß die Entscheidung über den Entschädigungspunkt dem bürgerlichen Richter nur dann zu überlassen ist, wenn der Angeschuldigte wegen Mangels am Beweis freigesprochen wird, und daß daher der Fall einer eingetretenen Verjährung, welcher weder unter die eine noch unter die andere Bestimmung des §. 333 cit. paßt, im Gesetze gar nicht vorgesehen ist, daß aber nach dem Grund und Zweck des Gesetzes in solchem Falle die ausnahmsweise Entscheidung des Strafrichters über den Entschädigungspunkt nicht stattfindet, weil hier der Regel nach nicht mit Beendigung des Strafverfahrens die zur Entscheidung des Civilpunktes erforderlichen Erhebungen schon gemacht sind, welche Rücksicht allein den Gesetzgeber veranlaßte, auch in Fällen der Straflosserklärung dem Strafrichter ausnahmsweise das Erkenntniß über den Entschädigungspunkt zu überlassen (vergl. Commissionsbericht II. Kammer zu diesem §);

in Erwägung, daß dieser Grundsatz durch den zufälligen Umstand, daß in vorliegendem Fall die Erhebungen stattgefunden haben, welche zur Entscheidung der bürgerlichen Rechtsansprüche nothwendig sind, nicht aufgehoben werden kann; —

aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden. —

Eine übersichtliche Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Untersuchung in Betreff der Hauptsache nach §. 35 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 war nicht gefertigt, sondern es wurde nur ein vom Referenten verfaßter Entwurf des Erkenntnisses, welcher dahin lautete, daß die Untersuchung zu beruhen habe, nebst den oben angegebenen Gründen unter Hinweisung auf die betreffenden Aktenseiten zu den Akten gebracht, welcher Entwurf noch von einem weiteren Gerichtsmitgliede unterzeichnet worden war.

Von der Majorität des Collegiums wurde jedoch die Formel, daß die Untersuchung zu beruhen habe, nicht beliebt, weil diese Formel nur beim Mangel einer Anzeige oder Anklage der Betheiligten, wo solche zur gerichtlichen Verfolgung nothwendig ist, und im Verfahren gegen Abwesende oder Flüchtige gesetzlich bestimmt ist. §. 8. 134. 135 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Gegen jenes Erkenntniß ergriff der Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, welche er darauf gründete, daß bei der Verjährung wie in anderen Fällen, wo Thatsachen vorhanden sind, welche die Straflosigkeit des Angeschuldigten begründen, nicht der Abs. 1, sondern der Abs 2 des §. 35 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 Anwendung finde, wornach auf schriftlichen Vortrag über das Ergebniß der Untersuchung das Erkenntniß und zwar nach §. 105 zu geben ist, vergl. Bekk Anmerk. zu §. 35 S. 26, daß bei dem Verbrechen der Rechnersuntreue die Verjährung nicht von dem Moment an, wo der Verrechner seinen Dienst abgibt, also hier nicht vom 1. Juni 1844, sondern erst von der Zeit an lauft, wo die Rechnungen gestellt und von der zuständigen Behörde abgehört und verbeschieden worden sind,*) die Abhör der letzten Rechnung pro 1843/44 aber erst am 10 Februar 1845 stattgefunden habe, und der Abhörbescheid erst am 31. März 1845 ertheilt, auch eine der Rechnungen, die Fruchtkapitalzinsrechnung erst im Jahre 1854 gestellt worden sei und bei der Rechnersuntreue alle Vergehenshandlungen als Fortsetzungen desselben Vergehens erscheinen und ein zusammenhängendes Ganze bilden, §. 691 St.G.B., daß mit dem Receß von 1681 fl. 24 kr. auch die Fälschung einer Privaturkunde im Betrage von 465 fl. 35 kr. concurrire, daher die vorliegende That nach §. 687. 403. Ziff. 3. 430. 690 St.G.B. mit einer 8 Jahre übersteigenden Zuchthausstrafe bedroht sei**) deshalb die Ver-

---

*) Erst von diesem Zeitpunkt an kann von einem Receß überhaupt die Rede sein, da sich erst durch die Abhör und Verbescheidung der Rechnungen herausstellt, ob die einzelnen Posten anerkannt werden oder nicht. D. E.

**) Nach §. 190 St.G.B. kommt es bei der Verjährung auf die Strafandrohung und nicht auf die in concreto zu erkennende

jährung nach §. 190 Ziff. 1 St.G.B. nicht innerhalb 10, sondern innerhalb 20 Jahren eintrete, welche noch lange nicht umflossen seien, daß zudem noch durch das Beschlagsdecret des Amtes Radolfzell vom 15. September 1845 und das Einvernehmungsprotokoll desselben Amtes vom 23. September 1854 die Verjährung unterbrochen worden sei, da diese Handlungen des ersten Beamten als gerichtliche Akte im Sinne des §. 192 St.G.B. anzusehen seien, weil dazumal der erste Beamte organisationsmäßig in Strafsachen auch richterlicher Beamte gewesen, von einem Administrativbeamten auch solche Handlungen, wie namentlich Beschlagsdecrete, gar nicht vorgenommen werden konnten (Blätter für Justiz und Verwaltung II. S 9), und daß auch der zweite Beamte oder Justizbeamte das Beschlagsdecret als eine richterliche Verfügung angesehen, indem er dem Gemeinderath aufgegeben habe, das Beschlagsdecret in das Unterpfandsbuch einzutragen. Vom Staatsanwalt wurde daher der Antrag gestellt, das hofgerichtliche Erkenntniß vom 23. Dezember v. J. als nichtig aufzuheben und den gedachten Gerichtshof anzuweisen, nach §. 35 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 eine übersichtliche Darstellung fertigen zu lassen, alsdann Endurtheil zu erlassen, eventuell das gedachte Erkenntniß nach §. 36 des gedachten Gesetzes aufzuheben und die Sache an großh. Hofgericht zur mündlichen Verhandlung und Aburtheilung zu verweisen.

Von großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 14. Juni d. J. die Beschwerde des Staatsanwalts als unbegründet verworfen aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß die hofgerichtlichen Acten einen von einem Mitgliede des Gerichtshofes gefertigten und von einem zweiten Mitgliede beurkundeten Vortrag enthalten, worin wenigstens alle diejenigen Thatsachen angeführt sind, welche bei Beurtheilung der Vorfrage, ob eine Verjährung der gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten eingetreten ist, von Erheblichkeit erscheinen konnten und daß schon hiernach die auf eine Verletzung der Vorschrift des §. 35 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 gestützte Beschwerde unbegründet erscheint;

in Erwägung, daß das höchste Maas der Freiheitsstrafe, womit das Verbrechen einer Rechnersuntreue bedroht ist, zu deren Verübung oder Verbergung eine falsche Privaturkunde gefertigt wurde, nur in 5 Jahren Zuchthaus besteht (wie sich aus einer Vergleichung der §§. 687. 403. Ziff 3. 690. 182 und 430 des St.Ges. ergibt), mag das Verbrechen auch unter der Herrschaft des Strafedicts von 1803 verübt und darin mit einer größeren Strafe bedroht gewesen sein (§. 7 des Einf.Ges. vom 5. Februar 1851);

in Erwägung, daß hiernach die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Rechnersuntreue und Fälschung in die Cathegorie derjenigen Verbrechen gehört, deren gerichtliche Verfolgung durch Ablauf von 10 Jahren verjährt (§. 192 Ziff. 2 des St.Ges.);

in Erwägung, daß der Anfangstermin der Verjährung, die der Regel nach mit dem Augenblicke zu laufen beginnt, in welchem das Verbrechen vollendet ist (§. 191 des St.Ges.), im vorliegenden Falle keinenfalls später eintreten konnte, als der Angeschuldigte die ihm obgelegene Verwaltung, bei der das Verbrechen verübt worden sein soll, niederlegte; daß also die Verjährung jedenfalls mit dem 1. Juni 1844 zu laufen begann;

in Erwägung, daß dieselben in den darauf folgenden 10 Jahren nicht unterbrochen wurde, weil der Untersuchungsrichter innerhalb dieses Zeitraums keine gegen den Angeschuldigten gerichtete Handlung vornahm (§. 192 des St.Ges.), vielmehr erst am 23. September 1854 vom Verwaltungsbeamten, welcher nur den von großh. Kreisregierung erhaltenen Auftrag vollzogen hatte, um Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung angegangen wurde;

aus diesen Gründen wurde — wie geschehen — erkannt.

Haager.

Strafe an. Nun aber droht der §. 403 Ziff. 3 auf die Unterschlagung und zufolge §. 687 auch auf die Rechnersuntreue von mehr als 300 fl. in schwereren Fällen Zuchthausstrafe von 1 bis 5 Jahren. Und der §. 430 droht auf die Fälschung von Privaturkunden aus Gewinnsucht in schwereren Fällen ebenfalls Zuchthausstrafe von 1 bis 5 Jahren. D. E.

II.

Ueber Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechtes und Amtsmißbrauch. (§. 677 und 659 d. St.G.B.)

Die Gemeinderathsmitglieder zu Sch. hatten zu Ehren eines Ortsbeamten ein Abschiedsessen bei Stubenwirth R. von dort veranstaltet und nebstdem noch Ausschreiben, Nachrufe und dergleichen in die öffentlichen Blätter einrücken lassen, in Folge dessen dem Stubenwirth R. eine

Zechforderung von 7 fl., und dem Rathschreiber N. von dort, der angeblich im Auftrage des Gemeinderathes die Einrückungen in die Blätter besorgte, eine Forderung von 5 fl. für Auslagen an den Gemeinderath erwachsen ist.

Die Gemeinderathsmitglieder, wohl einsehend, daß diese beiden Forderungen in ihrer wahren Gestalt als Ausgaben für die Gemeinde bei der Revision der Rechnungen nicht passiren würden, suchten nun unter einem erdichteten Titel diese Schulden auf die Gemeindekasse zu wälzen, und der Rathschreiber wußte sogleich die Mittel zur Ausführung an die Hand zu geben.

Das weitere thatsächliche Verhältniß ergibt sich aus den Entscheidungsgründen der beiden Gerichtshöfe und braucht also hier nicht wiederholt zu werden und nur das sei bemerkt, daß die That durch den Stubenwirth N., einen Sohn des mitbetheiligten Bürgermeisters N., zu dem Zwecke zur Anzeige gebracht wurde, um ein betheiligtes Gemeinderathsmitglied nicht zur Stelle eines Bürgermeisters gelangen zu lassen.

Durch Urtheil des großh. Hofgerichtes des Oberrheinkreises vom 8. Januar 1856, No. 74, II. Sen. wurden Bürgermeister N. und Genossen von Sch. der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechtes bezüglich eines Werthbetrags von 12 fl. zum Nachtheil der Gemeinde Schmieheim, beziehungsweise der Beihülfe für schuldig erkannt und deßhalb Jedes Mitglied des Gemeinderaths in eine Kreisgefängnißstrafe von vier Wochen und eine Geldstrafe von 10 fl., Rathschreiber N. in eine Kreisgefängnißstrafe von acht Wochen und eine Geldstrafe von 20 fl., Stubenwirth N. aber in eine Amtsgefängnißstrafe von 14 Tagen und eine Geldstrafe von 5 fl., Jeder der 6 Angeschuldigten in $^1/_6$ der Untersuchungskosten mit sammtverbindlicher Haftbarkeit für sämmtliche Kosten des Strafverfahrens und in die Kosten des betreffenden Urtheilsvollzuges verurtheilt, aus folgenden

Gründen.

Nach dem der Gemeinderechnung Sch. für das Jahr 1854 angeschlossenen Ausgabebelege vom 12. Nov. 1854 hat der Gemeinderath von da 12 fl. für die dem Steinhauergesellen Andreas Beck von da von Stubenwirth N. während 24 Tagen zu Theil gewordene Verpflegung auf die Gemeindekasse in Ausgabe decretirt. Es liegt in dieser Decretur zugleich die Beurkundung von Seiten des Gemeinderaths, daß die bezeichnete Verpflegung wirklich Statt gefunden habe.

Nach der der Urkunde beigefügten Quittung hat Stubenwirth N. diese 12 fl. am 30. Dezember 1854 ausbezahlt erhalten. Der erwähnte Ausgabebeleg ist von Bürgermeister N. und den Gemeinderäthen M., M. und St. und von Rathschreiber N. unterzeichnet. Stubenwirth N. hat den Forderungszettel im Betrage von 12 fl., auf welchem die Decretur enthalten ist, am gleichen Tage „für Verpflegung des Andreas Beck" ausgestellt. Wie aber die Unterzeichner dieser Urkunde, welche ihre Unterschrift anerkennen, selbst zugestehen, hat Stubenwirth N. weder Jemanden für die Gemeinde verpflegt, noch existirt auch nur ein Andreas Beck in Sch., welcher verpflegt worden sein soll und war dieses denselben bei Fertigung der Urkunde bekannt.

Durch die abgegebenen Erklärungen der Angeschuldigten in ihrer Verbindung und gegenseitigen Unterstützung und durch das übrige Ergebniß der Untersuchung ist vielmehr die richterliche Ueberzeugung begründet, daß der Forderungszettel von Rathschreiber N. gefertigt und von Stubenwirth N. unterzeichnet, sodann die Ausgabedecretur des Gemeinderaths beigefügt wurde, damit Kosten, welche die Gemeinderathsmitglieder zu zahlen gehabt hätten, beziehungsweise hinsichtlich deren Rathschreiber N. keinen Anspruch auf Bezahlung gehabt hätte, aus der Gemeindekasse bezahlt werden.

Die Unterzeichner fraglichen Ausgabebelegs haben somit eine öffentliche Urkunde mit unwahrem Inhalte in gewinnsüchtiger Absicht gefertigt und es ist davon der beabsichtigte Gebrauch gemacht worden, indem die Ansprüche des Stubenwirths N. an die Gemeinderathsmitglieder aus der Gemeindekasse getilgt und von ihm an Rathschreiber N. 5 fl. bezahlt worden sind, wofür er aus der Gemeindekasse Ersatz erhalten hat. Sie haben sich dadurch als eidlich, beziehungsweise handgelübdlich verpflichtete Diener der Gemeinde der Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechtes schuldig gemacht.

L.R.S. 1317. Gesetz über Verfassung und Verwaltung der Gemeinden §. 41. 42. 46. 130.

Str.G.B. §. 657. 677 vrgl. mit §. 423.

Stubenwirth N. hat sich dadurch, daß er einen zum beabsichtigten Zweck gefertigten Kostenzettel unterschrieben und die Zahlung aus der Gemeindekasse in Empfang genommen hat, als Gehilfe bei dem Vergehen betheiligt.

Rathschreiber N. erscheint dabei als derjenige, dessen Einfluß und Mitwirkung bei Verübung der That ihn als den strafbarsten Theilnehmer an der verbrecherischen Verbindung darstellen.

Aus diesen Gründen und da die zuständige Dienstbehörde die gerichtliche Verfolgung der bezeichneten Gemeindebeamten veranlaßt hat — § 9 E.G. — in Berücksichtigung der Persönlichkeit und des Leumundes der Angeschuldigten, und daß sie die Größe der Strafbarkeit ihrer Handlung wohl nicht eingesehen haben, nach Ansicht §. 426. 443. 125. 126. 134 ff. 151 Z. 1. 152 Z. 1 u. 4 wurde, wie geschehen, erkannt.

Gegen dieses Urtheil des großh. Hofgerichtes führte Rathschreiber N. den Recurs zu Recht — die übrigen Mitangeschuldigten ergriffen nur den Recurs zur Gnade, dessen Ergebniß uns hier nicht berührt — an das großh. Oberhofgericht aus, das durch Urtheil vom 26. April 1856, No. 1432 und 1433 das Urtheil des großh. Hofgerichtes mit der Modification bestätigte: „daß Recurrent des Amtsmißbrauchs für schuldig zu erklären und deßhalb in die erkannte Kreisgefängnißstrafe von 8 Wochen zu verurtheilen sei, aus folgenden

Gründen.

Die angeschuldigten Gemeinderathsmitglieder haben im Jahre 1854 zwölf Gulden aus der Gemeindekasse Sch. zu Zwecken zu verwenden beschlossen, und durch Anweisung an den Gemeinderechner ausbezahlen lassen, zu welchen — wie ihnen bekannt war — die Gemeindegelder nicht verwendet werden durften.

Um dieser Handlung den Schein der Rechtmäßigkeit zu geben, wurde ein anderer Ausgabetitel erdichtet und der Forderungsberechtigte veranlaßt, unter diesem Titel sein Guthaben an die Gemeinde aufzustellen, sofort auch seinem Forderungszettel die Decretur und Zahlungsanweisung ertheilt. Alles dieses geschah auf Anrathen des Rathschreibers N. — des jetzigen Recurrenten — und der Beweggrund war Eigennutz, wie durch die vorliegenden Geständnisse und Aussagen außer Zweifel gestellt ist.

Ebensowenig ist zweifelhaft, daß in dieser Handlungsweise ein Mißbrauch der dem Gemeinderathe eingeräumten Verfügungsgewalt über die Gemeindegelder, d. h. ein Mißbrauch seines Amtes liegt. Wenn dagegen in der vorigen Instanz angenommen wurde, daß in dem Kunstgriffe, der angewendet wurde, um die Verausgabung als rechtmäßig darzustellen, noch weiter eine Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechtes enthalten sei, so fehlt es am Thatbestande dieses besonderen in §. 677 St.G.B. hervorgehobenen Amtsverbrechens. Hier wird nämlich vorausgesetzt, daß der betreffende Diener kraft seines Amtes berufen sei, das Beurkundungsrecht in Bezug auf einen bestimmten Vorgang auszuüben, somit über die Wahrheit einer Thatsache eine öffentliche Urkunde zu errichten, und daß bezüglich dieser Thatsachen wissentlich eine unwahre Beurkundung Statt gefunden habe.

So weit nun die in Betracht kommenden Urkunden den Beschluß des Gemeinderaths enthalten, daß die 12 fl. ausbezahlt werden sollen, kann von der Beurkundung einer unwahren Thatsache keine Rede sein, soweit aber behauptet wird, daß dadurch die Wahrheit des Forderungstitels gegen besseres Wissen beurkundet wird, so ist es offenbar nicht der Zweck einer solchen Decretur, über die Thatsachen, welche den Forderungen zu Grunde liegen, eine öffentliche Urkunde durch die decretirende Behörde errichten zu lassen, damit nunmehr diese Thatsachen jedem Dritten gegenüber mit Beweis versehen seien, — wie dieses die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde und die Natur des Beurkundungsrechtes mit sich bringt; — vielmehr enthält eine Decretur nur die Erklärung des decretirenden Beamten, daß er die Anforderung für richtig und begründet erachte — mag er auf diesem oder jenem Wege zu dieser Meinung gelangt sein. Darin also, daß die Angeschuldigten diese Meinung durch einen Beschluß ausgesprochen haben, während sie wußten, daß die Forderung nicht die angegebene, sondern eine andere Ursache habe, sowie darin, daß sie selbst die Unterschiebung einer falschen Ursache veranlaßt haben, liegt zwar einerseits der Mißbrauch des Amtes und andererseits zugleich der Versuch, diesen Mißbrauch zu verheimlichen, nicht aber die Verletzung eines dem Gemeinderath obliegenden Beurkundungsrechtes im Sinne §. 677 St.G.B., indem es nicht dessen Aufgabe war, die Thatsache, daß Stubenwirth N. einen gewissen Andreas Beck 24 Tage verpflegt habe, mit einer öffentlichen Beurkundung zu versehen, sondern nur auszusprechen, ob er diese Thatsache für richtig halte. Und wenn dieser Ausspruch gegen besseres Wissen geschah, so liegt neben dem Amtsmißbrauche eben so wenig eine Fälschung vor, als neben der verletzten Richterpflicht eine Fälschung deßhalb vorhanden wäre, weil die niedergeschriebene Entscheidung eine wissentlich unrichtige ist — daher, da die Voraussetzungen des §. 677 St.G. fehlen und

die Handlung jedenfalls in einer Amtsverletzung besteht, nur das Vergehen des Amtsmißbrauchs vorliegt. §. 659 St.G.B.

Dieses Vergehen haben aber nicht blos die Mitglieder des Gemeinderaths begangen, sondern auch der Rathschreiber, obgleich er kein Stimmrecht bei der Abfassung des Beschlusses besaß und ausübte, denn es steht fest, daß er den Gemeinderath zu dieser Handlung verleitet, sowie bei der Fertigung mitgewirkt und die Vortheile davon bezogen hat, und darin liegt ein Mißbrauch, wenn auch nicht einer Amtsgewalt, so doch seines Dienstverhältnisses als Rathschreiber.

Als Strafe bestimmt der § 659 St.G.B. die Dienstentlassung. Da jedoch das Amt eines Rathschreibers kein ständiges öffentliches Amt ist, indem er nur auf bestimmte Zeit angestellt werden soll, so muß die Dienstentlassung nach §. 704 und 159 St.G.B. in Kreisgefängniß verwandelt werden. Diese allein war also gegen den Recurrenten zu erkennen, und es muß bei der von großh. Hofgerichte erkannten Strafe sein Verbleiben behalten, weil das Urtheil nicht zum Nachtheil des Recurrenten abgeändert werden darf.

Aus diesen Gründen rc.

Pfeiffer, Amtsrichter.

III.

Anwendbarkeit des Gesetzes vom 5. Februar 1851 insbesondere des Tit. XII. „von dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige“ auf ältere Fälle.

Nach Bewältigung der im Jahre 1849 ausgebrochenen Revolution, deren Theilnehmer, insbesondere Urheber und Leiter, den strafrechtlichen Folgen ihrer Verbrechen durch die Flucht sich zu entziehen suchten, hatte sich die großh. Regierung zur Ertheilung und Verkündung eines das gerichtliche Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher regelnden provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 (Reg Bl. No. 46), veranlaßt gesehen, weil, wie in den Motiven gesagt ist, unsere bisherigen Gesetze keine genügenden Bestimmungen über das diesfällige Verfahren der Gerichte enthielten und deßhalb verschiedene Ansichten über dieses Verfahren geherrscht haben.

Dieses provisorische Gesetz wurde der Ständeversammlung von 1849/50 und zwar zunächst der ersten Kammer zur Berathung und Zustimmung vorgelegt, von welcher es für genügend gerechtfertigt erklärt und ihm die nachträgliche Zustimmung ertheilt, sodann mit einigen Abänderungen zu gleichem Zwecke der zweiten Kammer mitgetheilt wurde. Dort blieb dasselbe unerledigt, bis die großh. Regierung der zweiten Kammer noch zwei weitere Gesetzesentwürfe, nemlich den eines Einführungsedikts zum Strafgesetzbuch mit mehreren Ergänzungsbestimmungen und den die Einführung des Schwurgerichts betreffenden Entwurf vorlegte. Sämmtliche drei Entwürfe wurden von der Commission der zweiten Kammer zu einem einzigen verarbeitet, das ganze in 13 Titel eingetheilt und in dieser Gestalt den Berathungen der beiden Kammern zum Grunde gelegt. Dieses Operat, in welches auch die wesentlichsten Bestimmungen des provisorischen Gesetzes über das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher mit einigen Zusätzen und Abänderungen aufgenommen sind, ist als Gesetz vom 5. Februar 1851 (Reg Bl. No. 9), nach §. 143 mit dem 1. März 1851 in Wirksamkeit getreten.

Durch §. 144 des gedachten Gesetzes ist das provisorische Gesetz vom 1. August 1849, das Verfahren gegen abwesende und flüchtige Verbrecher betreffend, mit dem im §. 143 bestimmten Tage (d. i. 1. März 1851), außer Wirksamkeit gesetzt worden. In §. 145 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 ist aber bestimmt, daß wenn von mehreren Theilnehmern des nemlichen Verbrechens an dem im §. 143 bestimmten Tage bereits einer oder einige abgeurtheilt sind, das Gesetz vom 5. Februar 1851 auch auf diejenigen, welche erst später zur Aburtheilung kommen, keine Anwendung findet. Und der § 147 desselben Gesetzes schreibt vor, daß, wenn in einer nach dem alten Gesetz abgeurtheilten Sache dem Gesuche um Wiederaufnahme des Verfahrens stattgegeben wird, die neuerliche Aburtheilung nach der alten Verfahrungsart und von dem nämlichen Gerichte vorzunehmen ist, welches das erste Urtheil gegeben hat.

Nun ist die Frage streitig geworden, ob für die bis zum 1. März 1851 abgeurtheilten Straffälle die Bestimmungen des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 oder jene des Gesetzes vom 5. Februar 1851 Tit. XII. „von dem Verfahren gegen Abwesende und Flüchtige“ maaßgebend seien?“

Diese Frage ist besonders deßhalb von praktischer Wich-

tigkeit, weil durch den §. 140 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Wiederaufnahme des Verfahrens, von welcher der §. 12 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 handelt, zu Gunsten des Angeschuldigten mehr erleichtert und erweitert worden ist.

Der höchste Gerichtshof hat in einem Falle, wo es sich um die Wiederaufnahme des Verfahrens handelte, unter Hinweisung auf §. 144 und 147 entschieden, daß das Gesetz vom 5. Febeuar 1851 auch auf solche Strafsachen Anwendung finde, welche nach dem alten Gesetze abgeurtheilt worden sind. Und von der Redaction der Annalen der badischen Gerichte wurde hiezu bemerkt, daß das neuere Gesetz als das dem Angeschuldigten günstigere nach Analogie des §. 71 (soll heißen §. 7), zur Anwendung kommen müsse. Annalen XXII. S. 112

Dagegen hat der oberste Gerichtshof später in einem Falle, wo es sich um Zulässigkeit des Rekurses gegen ein vor dem 1. März 1851 erlassenes und verkündetes Contumacialerkenntniß handelte, unter Hinweisung auf §. 143 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 erkannt, daß das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 maaßgebend sei. Annalen XXII. S. 375.

Offenbar verdient die erstere Entscheidung den Vorzug, jedoch nicht aus dem von der Redaktion der Annalen angeführten Grunde. Denn der Grundsatz des §. 7 des Gesetzes vom 5. Februar 1851, wornach die neueren Strafgesetze, wenn sie milder oder dem Schuldigen gegenüber günstiger sind, als die älteren Gesetze, auch auf die Fälle Anwendung finden, welche vor dem Eintritt der Wirksamkeit der neueren Strafgesetze vorgekommen sind, ist als Ausnahme von der allgemeinen Regel in L.R.S. 2 strenge auszulegen, daher er nur im Strafrecht nicht aber auch im Strafprozeß gilt, wo überhaupt die Vorschriften des Verfahrens sich immer nach denjenigen Gesetzen richten, welche zur Zeit der Einleitung der gerichtlichen Verfolgung gelten. Vergl. Art. II. der Schlußbestimmungen zur bürgerlichen Pr.O. von 1851. *)

Schon hiernach erscheint die letztere oberhofgerichtliche Entscheidung nicht als richtig.

Zudem aber bestimmt der §. 144 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 ausdrücklich, daß das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 mit dem 1. März 1851 gänzlich, also auch bezüglich der älteren Fälle außer Wirksamkeit gesetzt sei. Diese Vorschrift wird am klarsten werden, wenn wir uns die Geschichte des §. 144 Abs. 2 vergegenwärtigen.

Weder in dem Regierungsentwurf noch in dem aus den Beschlüssen der zweiten Kammer hervorgegangenen Entwurf war eine Bestimmung über die Wirksamkeit des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 getroffen. Erst von der Commission der zweiten Kammer wurde zu §. 116 des Entwurfs folgender Zusatz vorgeschlagen:

„Das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 (Reg.-Bl. No 46), das Verfahren gegen flüchtige und abwesende Verbrecher betreffend, tritt mit dem im §. 115 bestimmten Tage außer Wirksamkeit."

Zur Begründung dieses Zusatzes ist in dem vom Hofgerichtspräsidenten Obkircher in der ersten Kammer erstatteten Commissionsberichte gesagt:

„Obwohl das Wesentliche des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849, das Verfahren gegen flüchtige und abwesende Verbrecher betreffend, mit einigen Zusätzen und Abänderungen als Tit. XII. dem vorliegenden Gesetzesentwurfe einverleibt wurde, so darf doch ohne zu besorgende Nachtheile die Wirksamkeit jenes provisorischen Gesetzes nicht schon mit dem Schlusse dieses Landtages und nicht früher aufgegeben werden, als bis das zur Berathung vorliegende neue Gesetz ins Leben treten wird. Bis dahin dem provisorischen Gesetze die Fortdauer zu sichern, ist der Zweck des von der Commission in Antrag gebrachten Zusatzes zu dem §. 116."

Von der ersten Kammer wurde daher jener Zusatz angenommen und auch die zweite Kammer ist diesem Beschlusse beigetreten.

Es besagt somit der §. 144 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 „das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 (Reg.-Bl. No. 46), das Verfahren gegen flüchtige und abwesende Verbrecher betreffend, tritt mit dem im §. 143 bestimmten Tage (1. März 1851) außer Wirksamkeit." Darnach, so wie nach Ansicht der Bestimmungen in §. 66 und 67 der badischen Verfassungsurkunde, wornach ein provisorisches Gesetz nur in so fern und in so lange Wirksamkeit hat, als es die Zustimmung der Ständeversammlung erhält und mit dem Schlusse des Landtags jedenfalls außer Wirksamkeit tritt, kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß das provisorische Gesetz vom 1. Aug. 1849 am 1. März 1851 alle Wirk-

*) Seit wann sind denn das bürgerliche Gesetzbuch und die bürgerliche Prozeßordnung im Strafverfahren anwendbar und entscheidend?

D. R.

samkeit verloren hat, also auch auf die bis an diesem Tage abgeurtheilten Fälle hinsichtlich der Wiederaufnahme des Verfahrens und des Rekurses keine Anwendung finden kann.

In §. 143 Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 scheint allerdings eine gegentheilige Bestimmung enthalten zu sein, indem dieser Paragraph vorschreibt, daß der zweite Theil (Tit. I. bis XII.) dieses Gesetzes am 1. März 1851 in Beziehung auf alle Strafsachen, hinsichtlich welcher an diesem Tage das Urtheil erster Instanz noch nicht gefällt sein wird, in Wirksamkeit tritt. Allein man muß diese Vorschrift mit jener in §. 144 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 in Verbindung bringen, wornach das provisorische Gesetz vom 1. August 1849, vom 1. März 1851 an gänzlich außer Wirksamkeit gesetzt ist. Werden diese Bestimmungen wörtlich genommen, so kömmt man eigentlich zu dem sonderbaren Resultat, daß auf die bis zum 1. März 1851 abgeurtheilten Fälle weder das provisorische Gesetz vom 1. August 1849 noch das Gesetz vom 5. Februar 1851 Tit. XII. Anwendung findet, das erstere nicht, weil das provisorische Gesetz durch §. 144 Abs. 2 des neuen Gesetzes vom 1. März 1851 an außer Wirksamkeit gesetzt ist, und das letztere nicht, weil es von dem eben erwähnten Tage an nur in Beziehung auf diejenigen Strafsachen, hinsichtlich welcher an diesem Tage das Urtheil erster Instanz noch nicht gefällt sein wird, ins Leben tritt. Es würden daher eigentlich die vor Erlassung des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 geltenden älteren Gesetze anwendbar sein, was aber unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein kann, da das erwähnte provisorische Gesetz nach Inhalt seines Einganges zur Beseitigung der Zweifel, welche über das nach den damals bestehenden Gesetzen einzuhaltende Verfahren obwalten, erlassen worden ist.

Geht man aber auf den Grund der Bestimmung in §. 143 Abs. 1 und §. 145 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 zurück, so ist so viel gewiß, daß der Termin der Wirksamkeit des zweiten Theils (Tit. I. bis XII.) des Gesetzes vom 5. Februar 1851 in §. 143 Abs. 1 bis auf den 1. März 1851 deßhalb hinausgesetzt und die oben angegebene Bestimmung in §. 145 Abs. 2, sowie die Bestimmung in §. 147 deßhalb gegeben wurde, damit bis zum 1. März 1851 Urtheile gegen die meisten Theilnehmer an den hochverrätherischen Unternehmungen von 1849 nach der älteren Verfahrungsart ergehen, und daß demnach sämmtliche Theilnehmer an jener Revolution nicht nach dem neuen Gesetze, d. h. nicht in öffentlicher mündlicher Verhandlung und nicht von dem Schwurgericht, sondern nach der früheren Verfahrungsart, d. h. in geheimer Sitzung und von den Hofgerichten mit Vorbehalt des Rekurses an das Oberhofgericht abgeurtheilt werden. Daraus geht hervor, daß nach der Absicht des Gesetzgebers das neue Gesetz, somit auch der Titel XII. auf ältere Fälle nur insofern keine Anwendung finden solle, als es sich auf das öffentliche mündliche Verfahren bezieht. Im Uebrigen aber ist der Titel XII. des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nicht nur auf die bis zum 1. März 1851 abgeurtheilten Fälle, sondern auch auf die nach dem 1. März 1851 zur Aburtheilung kommenden Fälle derjenigen Theilnehmer des nämlichen Verbrechens, hinsichtlich welches am 1. März 1851 bereits einer oder einige abgeurtheilt waren, anwendbar.

Auch Bekk ist in den Anmerkungen zu §. 147 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 S. 124. 125 der Ansicht, daß selbst auf ältere Fälle für das Vorverfahren, wo über die Zulassung der gesuchten Wiederaufnahme erkannt wird, nach §. 143 das Gesetz vom 5. Februar 1851 Anwendung findet, so daß nicht blos für die formellen Fragen hinsichtlich des Gerichts und der Zahl der Richter u. s. w., sondern auch für die materiellen Fragen, ob die Wiederaufnahme gesetzlich begründet und nicht verjährt, also überhaupt zuzulassen sei, lediglich nur die Vorschriften jenes Gesetzes entscheidend sind. Vrgl. Annalen XXV. S. 124.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von A. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 42.

I.

Hat die Ehefrau für ihr Beibringen auch ein Vorrecht auf die Fahrnisse?

In dem dreizehnten Jahrgang der Jahrbücher des großh. Oberhofgerichts, neue Folge Nr. XV. Seite 127 ist eine Entscheidung des französischen Cassationshofs vom 15. Februar 1853, welche obige Frage bejaht, einer näheren Prüfung unterworfen und am Schlusse der Erörterung bemerkt, es werde die neue Theorie schwerlich feste Wurzel fassen.

Diese Erwartung hat sich bestätigt.

Der Fall, in welchem der Cassationshof in vereinigten Kammern über obige Rechtsfrage zu entscheiden hatte, ist folgender:

Die Moinet'schen Eheleute verheiratheten sich nach Dotalrecht mit Gemeinschaft der Errungenschaft. Die Frau hatte sich ihr gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges bewegliches und unbewegliches Vermögen als dos bestellt. Als Moinet starb, verzichtete die Wittwe auf die genannte Gemeinschaft, beanspruchte jedoch in einer gegen den Beneficiarerben erhobenen Klage, daß ihr, als den Gläubigern vorgehend, für ihre Ersatzansprüche das Mobiliar- und Immobiliarvermögen der Errungenschaftsgemeinschaft, subsidiär der Nachlaß, überlassen werde.

Während in dem Erkenntniß des Erstinstanzgerichts sich in den Rechtsanspruch selbst nicht eingelassen ist, sprach das Appellationsgericht von Rouen durch Arret vom 22. Juli 1854 aus, daß die verzichtende Ehefrau nur bezüglich ihres noch in natura vorhandenen Beibringens das Recht der direkten Rücknahme habe, bezüglich desjenigen aber, das sich nicht mehr in specie vorfinde, Gläubigerin sei, und wies sie deßhalb mit ihrem Vindicationsanspruch ab, behielt ihr jedoch vor, ihre Ersatzansprüche in der ihr geeignet scheinenden Weise geltend zu machen.

Sirey 1854 II. pag. 609.

Auf die von der Wittwe Moinet eingelegte Cassation vernichtete der Cassationshof (chambre de cassation civile, unter dem Vorsitze von Béranger) durch Arret v. 8. Mai 1855, Sirey 1855 I. 530, das angefochtene Urtheil und verwies die Sache an den Pariser Appellationshof, welcher darüber in feierlicher Sitzung entschied.

Generalprocurator Rouland hob in seinem ausführlichen, die Ansicht des Cassationshofs bekämpfenden Vortrag hervor, daß letztre in der alten Jurisprudenz keine Stütze habe; daß man zwar der Frau allmählig mehrere Vorrechte, z. B. in Bezug auf den Ersatz ihrer Liegenschaften und ihre Entschädigungsansprüche, ferner das Recht, auf die Gemeinschaft zu verzichten, oder im Falle der Annahme, nur soweit für die Schulden haftbar zu sein, als ihr Theil an der Gemeinschaft reiche, eingeräumt habe; daß aber damit die Frau nicht zum privilegirten Gläubiger Dritten gegenüber, sondern nur gegen die nachtheiligen Folgen einer Gemeinschaft, in der sie nur eine passive Rolle spiele, gegenüber ihrem Ehemanne, dem Haupte der Gemeinschaft, geschützt werden sollte. Auf den Grund des Ausdrucks „prélèvement“ in den Art. 1470 und 1471, welcher aber in den Art. 1433. 1435 und 1436 auch bezüglich der dem Ehemann gebührenden Vergütungen gebraucht sei, lasse sich nicht die Natur des vorweggenommenen Gegenstands ändern; dieser sei aber lediglich entweder Ersatz für den in die Gemeinschaft gefallenen Kaufpreis einer veräußerten Liegenschaft oder für Verwendung und Consumirung des Gelds oder anderer Mobilien der Frau — also stets eine reine Mobiliarforderung. Der Ausdruck „prélever“ rechtfertige sich, weil die Ehefrau ihre Forderungen an die Masse vor dem Ehemanne und mit Ausschluß seiner geltend mache. — Bei dem Argu-

mente aus Art. 1483 (daß die Frau nur pro modo emolumenti hafte, und unter diesem Ausdruck nicht der Empfang ihrer Forderungen an die Masse inbegriffen sei, während, wenn die Frau gezwungen sei, mit den Gläubigern zu theilen, ihr eigenes Vermögen, nicht der aus der Masse gezogene Nutzen angegriffen werde) verwechsle man die Stellung der Frau als Gläubigerin und die als Schuldnerin. In letzterer Eigenschaft hafte sie nicht mit ihrem eigenen Vermögen; in ersterer dagegen sei sie in der Lage des Benefiziarerben bezüglich seiner Forderungen an die nicht zureichende Erbmasse. — Die entgegengesetzte Ansicht widerspreche auch dem Geiste des Gemeinschaftsgesetzes, nach welchem die Frau ihre persönliche Freiheit, sich verbindlich zu machen, vollkommen bewahre; die Liegenschaften, welche sie mit Einwilligung ihres Mannes veräußere, gehen unwiderruflich in das Eigenthum des Käufers über. Was ihre Mobilien betreffe, so wisse sie bei Eingehung der Ehe nach Gemeinschaftsrecht, daß der Mann darüber verfügen könne und ihr für die verbrauchten Mobilien nur ein Entschädigungsanspruch bleibe. Die unrichtige Ansicht gehe aber, wie es scheine, davon aus, daß die Frau nicht fähig sei, ihre Liegenschaften zu verkaufen, da man ihr nicht den Kaufpreis erstatten, sondern das für veräußerte Immobilien (oder Mobilien) subrogirte Gemeinschaftsvermögen übergeben wolle — ein exorbitanteres Recht als das, welches der nach Dotalrecht verheiratheten Frau zustehe.

Der Appellhof von Paris erkannte unterm 4. August 1855 übereinstimmend mit dem von Rouen.

Gründe.

Aus Art. 1492 folge, daß nach dem Verzicht der Frau es so angesehen werde, als habe die Gemeinschaft gar nie bestanden. Der Ehemann sei Eigenthümer des errungenen Vermögens, als ob es von Anfang an auf seine Rechnung und in seinem eigenen Interesse erworben worden wäre. Mit seinem eigenen Vermögen vereinigt bilde es das gemeinschaftliche Pfand der Gläubiger. Mit dieser Bestimmung des Art. 1492 würde die des Art. 1493 in directem Widerspruch stehen, wenn man darin den Ausspruch eines Eigenthumsrechts der Frau finden wollte.

Nach Art. 1495 könne sie sich auch an das eigene Vermögen des Mannes halten, während doch bezüglich dieses Vermögens ein früheres Eigenthumsrecht nicht denkbar sei. Man könne nicht von Rücknahme sprechen, wenn es sich um Gegenstände handle, die nie im Besitz der Frau gewesen seien. Die Bestimmungen der Art. 1470 u. 1471 seien nicht über ihren Gegenstand — den Fall der Annahme der Gemeinschaft durch die Frau — auszudehnen. — Die Hereinziehung der Grundsätze über depositum sei unanwendbar, da dies dem unter den Ehegatten bestehenden Rechtsverhältniß nicht entspreche. Uebrigens könne der Hinterlegende nur die in natura vorhandene Sache zurücknehmen, nicht aber, wenn dies nicht mehr möglich, sein Eigenthumsrecht auf andere in der Masse vorhandene Sachen übertragen. Nach der Ansicht der Appellantin wäre die Ehefrau, die sich nach Gemeinschaftsrecht verheirathe, in günstigerer Lage, als die Frau, die sich nach Dotalrecht verheirathe, da ihr, wie dieser, das gesetzliche Pfandrecht an den Liegenschaften des Mannes zustehe, sie aber zudem, statt sich mit den Gläubigern in das Mobiliarvermögen theilen zu müssen, dieses sich bis zum Betrag ihrer Ersatzansprüche aneignen könne.

Sirey 1855. II. 449.

Frau Moinet legte auch gegen dieses Arret ein Cassationsgesuch ein, über welches der gesammte Cassationshof (chambres réunies unter dem Vorsitze von Troplong) berieth. Die Ausführung der Cassationsklägerin besteht wesentlich in Folgendem:

Während bestehender Gemeinschaftsehe seien dreierlei Arten von Vermögen, nämlich das eigene des Mannes und der Frau und das der Gütergemeinschaft in der Hand des verwaltenden Ehemannes vereinigt. Diese Vereinigung könne aber keine definitive sein, weil das Gesetz wolle, daß die Regulirung der Güterverhältnisse bei Eingehung der Ehe eine unwiderrufliche sei. Es müsse also jeder Ehegatte bei Auflösung der Ehe sein eigenes Vermögen wieder finden. Das Gesetz sorge dafür auf doppeltem Wege, dem des remploi und der reprise. In ersterer Beziehung sei bestimmt, daß die aus dem Kaufpreise des veräußerten eigenen Vermögens eines Ehegatten erworbene Immobilie nicht in die Gemeinschaft falle, sondern Eigenthum des letzteren werde. Allein dieses Mittel reiche nicht aus; die Frau könne den Mann, der sich weigere, die Wiederanlage vorzunehmen, nicht zwingen; ferner müsse der Ersatz in Immobilien geschehen. Deshalb trete subsidiär, für den Fall der remploi unterblieben, bei Auflösung der Ehe die reprise ein. Unter der Herrschaft der Coutumes, insbesondere der von Paris, habe sich die Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen getheilt, indem auf jeden der beiden Theile die Hälfte des Vermögens

und die Hälfte der Schulden übergegangen. Der Ehegatte habe also die Hälfte seiner Beibringensforderung in seinem Antheil vereinigt, während er bezüglich der andern Hälfte Gläubiger des andern Ehegatten oder seiner Erben geworden sei, daß m. a. W. die Frau die Rücknahme zur Hälfte als Eigenthümerin, zur Hälfte als Gläubigerin übte. — Das System der Vorwegnahme vor der Theilung zeige sich schon bei den alten Schriftstellern; Pothier bestimme deren Grundsätze. Darnach vereinige die Frau nicht blos die Hälfte, sondern das Ganze ihrer Forderung in sich und gehe damit allen Gläubigern vor. Dieß sei auch das System des C. c. Erst wenn jeder der Ehegatten das, was er der Gemeinschaft schulde, in diese zurückgebracht und dann das in Art. 1470 beschriebene Vermögen vorweggenommen habe, bilde der Ueberschuß das zu theilende Vermögen. Um zu theilen, müsse man Eigenthümer sein, noch mehr um vor der Theilung zu vindiziren. Wenn die Frau Gläubigerin, wer sei der Schuldner? Die Gemeinschaft? diese existire nicht mehr; der Ehemann? wie könne dieser seine eigne Schuld mit dem Vermögen der Gemeinschaft bezahlen, das wenigstens zur Hälfte der Frau gehöre. Als Gläubigerin könne sie gegen ihren Schuldner klagen und Vollstreckung gegen die Person und das Vermögen desselben erwirken. So verstehe aber das Gesetz (1471) ihr Recht nicht; denn darnach nehme sie ihr Vermögen in natura und in einer vom Gesetze vorgeschriebenen Reihenfolge. (Die Cassationsklägerin bringt hierauf das auf Art. 1483 gestützte Argument und fährt dann fort.) Das angefochtene Arret anerkenne auch diese Grundsätze, bestreite aber deren Anwendung für den Fall des Verzichts der Frau auf die Gemeinschaft. Die Frau also, die sich der Gemeinschaft theilhaftig mache, gehe den Gläubigern vor; die, welche sich derselben entschlage, müsse mit den letzteren theilen. Die erstere sei in einer günstigeren Lage als die letztere. Je schlimmer es also mit der Gemeinschaft, desto mehr Grund für die Frau, sie anzunehmen. Diese Unterscheidung beruhe auf der falschen Annahme, als verliere die Frau, welche verzichte, jedes Recht auf die Gemeinschaft; sie verliere aber nur das, was sie in die letztere eingeworfen; nur darauf verzichte sie; nicht aber auf ihr eigenes Vermögen, ihre Ersatz- und Entschädigungsansprüche (Art. 1493). Nach Art. 1514 könne die Frau auch sogar die schuldenfreie Zurücknahme dessen, was sie in die Gemeinschaft eingeworfen, bedingen. Diese Clausel habe der Cassationshof als auch den Gläubigern gegenüber wirksam erklärt. Von dem eigenen Vermögen der Ehefrau schweige Art 1514, weil die Rücknahme dieses ihr schon kraft der Art. 1493 und 1494 zustehe.

Ausführung des Generalprocurators Dupin:

Nach constanter Rechtsübung vor dem C. c. hat die Frau für ihr Beibringen kein Vorzugsrecht auf die Fahrnisse. Der C. c. hat, wie näher nachgewiesen wird, an dem alten Gewohnheitsrecht in dieser Materie Nichts geändert; seine Sätze stimmen mit der Coutume de Paris wesentlich überein. Sie wurden stets in dem richtigen Sinne nicht allein in Frankreich, sondern auch in den anderen Ländern, welche den C. c. als Gesetz beibehielten, angewendet. Da kam das Jahr 1848, diese Epoche der großen Erregung der Geister, der Theorien, Utopien, der eigenthümlichen Doctrinen, insbesondere bezüglich der Frauen, über deren Emanzipation Journale u. s. w. damals berietheu. Hier bildete sich auch das System aus, welches mit Hilfe einer Fiction der Frau gestattet, die Güter der Gemeinschaft als Eigenthümerin und nicht als Gläubigerin an sich zu ziehen. Es ist dies eine unglaubliche Umgestaltung der heterogensten Vermögensgegenstände, eine förmliche Seelenwanderung, aber noch viel absurder als die der Alten; denn man kann noch begreifen, daß mehrere Körper successiv von derselben Seele belebt sind; nicht aber daß die Materie sich aus sich selbst umbildet.

Die Vertheidiger der neuen Ansicht sind entweder

1) solche, welche der Frau ein Eigenthumsrecht zusprechen; oder
2) solche, welche sie für eine bevorzugte Gläubigerin erklären.

Zu 1. Der Ausdruck „prélèvement," auf welchen man sich stützt, entscheidet die Frage nicht. Er ist ohne Unterschied für den Mann, wie für die Frau gebraucht; in Art. 831 bei der Erbtheilung für die Forderungen der Erben. Von Vorwegnahme im eigentlichen Sinne des Worts kann nur die Rede sein bei Gegenständen, die nicht getheilt werden. Dahin gehören.

a) die nicht veräußerten Liegenschaften,
b) die Immobilien, welche durch andere ersetzt sind,
c) die noch in natura vorhandenen Mobilien,
d) Forderungen, deren Rechtstitel auf den Namen des Eigenthümers stehen blieben.

Das sind bestimmte Objecte, durch keine in Mitte liegende Handlung von dem Eigenthümer getrennt; bezüglich ihrer steht ihm die Formel zu: aio hanc rem esse

meam. Hinsichtlich der übrigen ist nur eine Klage auf Zahlung begründet.

Zu 2) Die Frau nimmt die Stellung des Beneficiarerben ein. (Art. 802). Sie haftet nur bis zum Betrag des inventarisirten Vermögens; ihr eigenes Vermögen wird nicht mit der Gemeinschaft vermischt; ihre Forderungen an die Masse bleiben ihr. Sie hat aber nicht blos das bezogene emolumentum, sondern Alles in dem Verzeichniß Enthaltene in Rechnung zu bringen. Sie muß das ganze Activvermögen der Gemeinschaft gegenüber der Passivmasse bestehen lassen. Sie behält nur das Recht, mit den anderen Gläubigern, nicht vor denselben zu kommen. Sie ist eine Schiffbrüchige desselben Fahrzeugs.

So, wenn die Gläubiger vor und bei der Theilung interveniren, während allerdings, wenn nach beendigter Theilung ein Gläubiger von der Frau das von ihr Bezogene zurückfordern wollte, sie dieß Ansinnen zurückweisen könnte; aber nicht kraft eines besonderen Privilegs, sondern nach der allgemeinen Regel: meum recepi, jura vigilantibus prosunt.

Der C. c. hat die Lehre von Pfand- und Vorzugsrechten fast an den Schluß gesetzt, er resumiet darin alle vorausgegangenen Rechtsverhältnisse, Kauf, Miethe, Erbschaft u. s. w. Aber er gibt der Frau das hier beanspruchte Vorzugsrecht auf die Fahrnisse nicht, und dieß kann nicht auf einem Vergessen beruhen, da der Gesetzgeber besondere Bestimmungen über die Pfandrechte der Frau getroffen hat.

Die ältere Ansicht entspricht dem Geiste des Gemeinschaftsrechts, einem Systeme des Vertrauens zwischen den Ehegatten (im Gegensatz zum Dotalrecht).

Der Mann ist Herr der Gemeinschaft, vertritt und obligirt sie; er kann die Liegenschaften der Frau mit Einwilligung dieser verkaufen, und über alle ihm anvertrauten Mobilien derselben ebenso absolut wie über die übrigen Güter der Gemeinschaft verfügen. In dieser Zuversicht contrahiren die Gläubiger.

Der Generalprokurator spricht schließlich sein Vertrauen zu den erhabenen Gesinnungen der Richter aus, welche keine Eigenliebe befangen macht, wenn es sich um den Sieg der Wahrheit handelt.

Er erinnert sie an Papinian, der in einer Frage, in welcher er zu weit gegangen war, sich der Meinung eines Andern, an Autorität und Wissen unter ihm stehenden Rechtsgelehrten, der aber in diesem Falle Recht hatte, unterwarf: Nobis aliquando placebat; sed in contrarium me vocat Sabini sententia. Er beantragt die Verwerfung des Cassationsgesuchs.

So erkannte auch der Cassationshof am 16. Januar d. J. nach dreitägiger Berathung.

Gründe:

In Erwägung, daß bei Auflösung der Gemeinschaft im Falle der Annahme durch die Frau oder ihre Erben die betreffenden Vorausnahmen der Ehegatten, wenn sie das in natura vorhandene eigene Vermögen derselben oder das zum Ersatz des Veräußerten erworbene zum Gegenstand haben, nur unter der Bedingung stattfinden können, daß der Beweis des Eigenthums beziehungsweise legalen Besitzes gemäß Art. 1402 erbracht sei, daß also im Falle des Art. 1470 Ziff. 1 die Zurücknahmen auf den Titel des Eigenthums geübt werden und eine wahre Vindication enthalten;

i. E., daß dagegen jeder Ehegatte den Preis seiner veräußerten Liegenschaften und die aus der Gemeinschaft ihm gebührenden Vergütungen (Art. 1470 Ziff. 2 und 3), in der Eigenschaft als Gläubiger erhält, da in diesem Falle die Klage nur die Verminderung des Vermögens eines der Ehegatten und einen entsprechenden, der Gemeinschaft gewordenen Vortheil zum Gegenstand hat, dieser Rechtsgrund aber kein Eigenthum an bestimmten Objecten erzeugt, vielmehr daraus nur eine Forderung und eine Mobiliarklage hervorgeht;

i. E., daß das Vermögen der Gemeinschaft — bestehend aus Allem, was nach Abzug der von den Ehegatten als eigen erkannten und nachgewiesenen Gegenstände übrig bleibt — das gemeinschaftliche Unterpfand aller ihrer Gläubiger ist;

i. E., daß die Ehefrau für ihr Heirathsgut und das, was ihr aus dem Heirathsvertrag gebührt, nach den §. 2121 und 2135 nur ein Vorrecht an den Immobilien des Mannes hat, aber daß die Art. 2101 ff. ihr weder ein allgemeines, noch ein specielles Vorzugsrecht an den Mobilien der Gemeinschaft einräumen;

i. E., daß man aus den Art. 1470 und 1471 nicht ableiten kann, daß der Frau für ihre Zurücknahmen ein die Gläubiger der Gemeinschaft ausschließendes Recht an der letzteren zustehe; daß diese Gesetzesstellen sich nur mit der Theilung der Activmasse unter den Ehegatten und den gegenseitigen Rechten der Letzteren beschäftigen, die Verbindlichkeit derselben zur Schuldenzahlung nach Art. 1467, 1482 und 1483 voraussetzend;

i. E., daß insbesondere keinerlei Recht der Ausschließung oder des Vorzugs aus Art. 1483 folgt; daß dieser Artikel, ohne sich mit den Rechten der Frau in Bezug auf das Activvermögen zu befassen, nur den Zweck hat, durch eine Art von beneficium inventarii die Wirkungen der persönlichen Verbindlichkeit der Frau zu begränzen, welche durch die Thatsache der Annahme zur Zahlung der von ihrem Ehemanne allein eingegangenen Schulden der Gemeinschaft beizutragen verpflichtet ist;

i. E., daß die wachsamen Gläubiger alle zur Erhaltung ihres Anspruchs dienlichen Handlungen vornehmen und alle gesetzlichen Rechtsmittel gebrauchen können, um sich ihr Unterpfand zu sichern und bezahlt zu werden, insbesondere nach Maaßgabe der Art. 1476 und 883.

i. E., daß wenn nach einer ohne Gefährde vollzogenen Theilung die Frau unter den im Art. 1483 enthaltenen Bedingungen das Recht hat, den Betrag ihrer Ersatz- und Vergütungsansprüche sich in der den nachfolgenden Gläubigern schuldigen Rechnung in Ausgabe zu bringen, dieses Recht (welches nur darin besteht, das zu retiniren, was man auf gesetzmäßigen Titel erhalten hat), keineswegs ein an die so bezahlte Forderung geknüpftes Vorzugs- oder Ausschließungsrecht involvirt;

i. E., daß die Rechte, welche der verzichtenden Frau durch den Art. 1493 zuerkannt sind, für sie aus den Klagen hervorgehen, welche sie, gemäß der Natur dieser Klagen, wie im Falle der Annahme, sei es auf dem Wege der Vindication, sei es als Gläubigerin, anstellt;

i. E., daß sich überdieß Art. 1493 (wie für die Fälle der Annahme die Art. 1470 und 1471), nur auf das Verhältniß der Ehegatten unter sich bezieht, ohne den Rechten wachsamer Gläubiger an den ihr Unterpfand bildenden Gütern Abtrag zu thun;

i. E., daß diese Grundsätze auch auf die bedungene Gütergemeinschaft Anwendung finden;

i. E., daß die nach Dotalrecht, unter Stipulirung einer Errungenschaftsgemeinschaft verheirathet gewesene Wittwe Moinet auf diese Gemeinschaft verzichtet hat, daß die Gläubiger durch den Beneficarerben des Mannes Einsprache erhoben haben, bevor sie mit dem Betrag ihres rückgeforderten Beibringens in gesetzlicher Weise befriedigt war, daß ihr aber die Rücknahme ihres in natura vorhandenen eigenen Vermögens nicht bestritten worden ist;

i. E., daß die Wittwe Moinet für ihr übriges Beibringen weder nach den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, noch nach denen des Dotalrechts einen ausschließlichen Anspruch an die Mobilien der Verlassenschaft ihres Mannes und eintretenden Falls nur ein gesetzliches Unterpfand an die Immobilien hat, demnach das angefochtene Arrêt, indem es ihren Anspruch, sich vor den Einsprache erhebenden Gläubigern als Eigenthümerin aus dem beweglichen und unbeweglichen Vermögen der Gemeinschaft für den Betrag ihres bezeichneten Beibringens durch Vorwegnahme bezahlt zu machen, verwarf, und sie bezüglich der Mobilien anwies, mit den Gläubigern zu concurriren, um hier ihre Rechte nach Gutfinden geltend zu machen, in seinem dispositiven Theil weder die angerufenen Sätze des C. c., noch die allgemeinen Grundsätze der Materie verletzt, vielmehr dem Art. 1493 und 2093 C. c. eine richtige Anwendung gegeben hat.

Sirey 1858. I. pag. 9—33.

II.

Nothwehr.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 2. August l. J. wurde Canzleidiener Christian Lehmann von Carlsruhe der im Affecte und unter dem Strafmilderungsgrunde des §. 233 des St.G.B. verübten Körperverletzung seines Sohnes L. Lehmann für schuldig erklärt und in eine entsprechende Strafe, sowie in die Kosten verfällt.

Gegen dieses Urtheil ergriff der großh. Staatsanwalt den Recurs und suchte zu dessen Begründung auszuführen, daß hier die Erfordernisse des §. 84 in Verbindung mit §. 94 des St.G.B., eventuell die Voraussetzungen des §. 91 vorliegen, wodurch der Antrag auf Freisprechung begründet sei.

Darauf erfolgte wirklich am 16. Oktober l. J. ein oberhofgerichtliches Urtheil, welches den Angeschuldigten sowohl hinsichtlich der Körperverletzung als der Kosten freispricht.

Entscheidungsgründe.

Der von dem großh. Staatsanwalt zu Gunsten des Verurtheilten gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 2. August l. J. anher ergriffene Recurs wird für begründet erachtet.

Es steht zwar fest, daß Christian Lehmann seinem

Sohne Leopold am 19. Juni l. J. durch einen Schlag mit einem porcellanenen Nachtgeschirr eine Kopfverletzung beigebracht hat, die eine achttägige Krankheit und eine zehntägige Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte; allein nach allen Umständen muß dabei eine rechtmäßige Nothwehr als vorhanden angenommen werden.

Leopold Lehmann, ein als leichtsinnig und arbeitsscheu geschilderter, kräftiger junger Mann von 28 Jahren, ist der einzige Sohn der Christian Lehmann'schen Eheleute, welche ihn nicht nur mit vielen Kosten erzogen und fortwährend unterstützt haben, sondern ihm auch, obgleich er gegen ihren Willen geheirathet hatte, seit seinem Aufenthalt in Carlsruhe, mit seiner ganzen, aus seiner Frau und 3 Kindern bestehenden, Familie Obdach und allen Unterhalt gewährten. Demungeachtet setzte er die, jedem Kinde gegen seine Eltern obliegende Ehrfurcht und Dankbarkeit so sehr außer Augen, daß er seine Mutter, ohne daß sie ihm irgend gerechten Anlaß dazu gegeben hätte, in ihrem eigenen Wohnzimmer angriff, ihr mit der Faust ins Gesicht schlug, daß ihr das Blut darüber hinunterlief, und sie auch nachher noch am Halse gepackt hielt. In diesem Augenblicke eilte der schon zu Bett gelegene Christian Lehmann auf das Hilfsgeschrei seiner Ehefrau aus dem anstoßenden Alkoven herbei, und schlug seinem Sohne mit dem bereits im Alkoven ergriffenen Nachtgeschirr auf den Kopf, damit derselbe von der Mutter ablasse.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Christian Lehmannsche Ehefrau befugt gewesen wäre, sich gegen den rechtswidrigen Angriff ihres Sohnes durch Eigenmacht zu vertheidigen, denn sie befand sich nach §. 84 St.G.B. offenbar im Zustande rechtmäßiger Nothwehr. Alle Rechte der Nothwehr kamen aber nach §. 94 des St.G. auch ihrem Ehemanne zu statten, als er ihr auf deren Ruf zur Hilfe eilte. Da er sah, daß der Sohn die bereits bluttriefende Mutter trotz seinem Erscheinen nicht losließ, so konnte er nicht anders annehmen, als daß derselbe in deren Mißhandlung fortfahren werde, es stand ihm aber, um ihn davon abzuhalten, kein anderes Mittel als Eigenmacht zu Gebot, daher er auch hiezu befugt war.

Nimmt man aber an, daß es wohl nicht des Schlags mit dem schweren Porzellangeschirre gerade auf den Kopf des Leopold Lehmann bedurft hätte, um denselben von seiner Mutter abzubringen, sondern daß hiezu eine geringere Gewalt genügend gewesen wäre, so muß doch auch eine solche Ueberschreitung der Gränzen rechtmäßiger Nothwehr nach §. 91 des St.G.B. hier für vollkommen entschuldigt erachtet werden, weil der Angeschuldigte dabei offenbar unter der Einwirkung von Ueberraschung und Furcht im Zustande gestörter Besonnenheit handelte.

Wie ließe es sich sonst erklären, daß der 64 Jahre alte Christian Lehmann, welcher sich während seiner mehr als 40jährigen Dienstzeit immer nur durch Pflichttreue auszeichnete und sich in jeder Beziehung lobenswerth benahm, seinem einzigen Sohne, den er von Kindheit auf mit Wohlthaten überhäuft hatte, mittelst eines Werkzeuges auf den Kopf schlug, wodurch er ihm leicht eine noch weit schwerere Verletzung hätte zufügen können. Es ist aber nicht zu verwundern, daß die Entrüstung über das ruchlose Benehmen des pflichtvergessenen Sohnes seinen Affect zum höchsten Grade steigerte. Er selbst als alter Mann konnte sich auch seinem jungen kräftigen Sohne nicht gewachsen erachten, selbst wenn er noch auf eine Unterstützung durch seine Ehefrau hätte rechnen können. Nachdem aber der Sohn, der wußte, daß sein Vater in dem anstoßenden Alkoven zu Bette liege, seine Kindespflichten bereits so weit vergessen hatte, daß er seine Mutter — gleichsam in Anwesenheit des Vaters — blutig schlug und sie fortwährend am Halse hielt, so durfte Christian Lehmann wohl auch die Furcht hegen, daß sein Sohn sich ihm widersetzen und ihn überwältigen könne. Offenbar unter der Einwirkung dieser Furcht und eines im höchsten Grade gesteigerten Affects ergriff er dann den nächsten Gegenstand, der ihm zur Hand war, und schlug damit auf seinen Sohn, damit derselbe, wie er sich selbst ausdrückt, von der Mutter ablasse, und ohne irgend zu überlegen, wohin er ihn treffen werde, und welche Folgen daraus entstehen könnten. Ist er hierdurch aber weiter gegangen, als zur Vertheidigung seiner Ehefrau gegen weitere Mißhandlungen wohl erforderlich gewesen wäre, so handelte er doch nur im Zustande gestörter Besonnenheit und muß deßhalb nach §. 91 des St.G.B. straflos bleiben.

Aus diesen Gründen ꝛc.

D. R.

III.

Ueber Fälschung mit Mißbrauch des amtlichen Beurkundungsrechts und Amtsmißbrauch. (§. 659 und 677 d. St.G.B.)

Durch die in No 41 S. 323 mitgetheilten Entscheidungen (zu deren Ergänzung man bemerkt, daß in dem hofgerichtlichen Urtheile neben Gefängniß- und Geldstrafe, noch die Dienstentlassung des Gemeinderaths und Rathschreibers ausgesprochen war) ist von beiden Gerichtshöfen anerkannt, daß der Gemeinderath aus Eigennutz eine öffentliche Urkunde mit unwahrem Inhalte fertigte, von welcher man zum vorgesetzten Zwecke Gebrauch gemacht hatte. Daß die Ausgabsdecrete nur eine öffentliche Urkunde sei, wird in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen wenigstens stillschweigend als richtig vorausgesetzt, wie denn auch das großh. Hofgericht des Seekreises in einem neuerlichen Falle solche Decreturen des Gemeinderaths als öffentliche Urkunden anerkannt hat. Siehe dagegen Annalen XV. 252. XXII. S. 85.

Es fragt sich also nur noch, ob sich der Gemeinderath zugleich des Mißbrauchs des amtlichen Beurkundungsrechts schuldig machte. Nach der in den oberhofgerichtl. Entscheidungsgründen niedergelegten Ansicht, beschränkt sich das amtliche Beurkundungsrecht auf die Befugniß öffentlicher Diener, über die Wahrheit einer Thatsache kraft ihres Amtes eine öffentliche Urkunde zu dem Zwecke zu errichten, damit die beurkundete Thatsache nunmehr jedem Dritten gegenüber mit Beweis versehen sei.

So viel leuchtet auch auf den ersten Blick ein, daß zum Thatbestand des Verbrechens des §. 677 d. St.G.B. die Errichtung einer öffentlichen Urkunde mit unwahrem Inhalte zu den bezeichneten Zwecken für sich allein nicht genügt. Anderseits aber darf das Beurkundungsrecht des §. 677 auch nicht auf solche öffentliche Urkunden beschränkt werden, welche allein oder doch zunächst nur zum Zwecke des Beweises von Verträgen oder Rechtsgeschäften gegenüber Dritten errichtet werden, d. i. auf Notariatsurkunden, von denen L.R.S. 1317 ff. handeln, denn z. B. das Gewähr- und Pfandgericht, das erdichtete Liegenschaften behufs deren Verpfändung aus Eigennutz in den Pfandeintrag und Pfandbuchsauszug aufnimmt, so wie der Amtsrevisor, der im Einverständniß die Pfandurkunde ausfertigt, machen sich ohne Zweifel des Verbrechens des §. 677 schuldig, obwohl der nächste Zweck dieser Urkunden nur auf Gewährung einer Sicherheit für den Gläubiger durch Constituirung eines Unterpfandes gerichtet ist.

Man wird das amtliche Beurkundungsrecht des §. 677 als die Amtsbefugniß eines öffentlichen Dieners bezeichnen können, kraft deren er über einen Vorgang eine öffentliche Urkunde mit voller Glaubwürdigkeit errichten darf, ohne Rücksicht auf den nächsten Zweck der Errichtung und die Beurkundung besteht gerade in der bezüglichen urkundlichen Erklärung des Beamten.

Der Gemeinderath ist nach §. 40, 41, 117, 130 d. G.O. der gesetzliche Verwalter des Gemeindevermögens, er berathschlagt und beschließt über Alles, was auf dessen Verwaltung, Vermehrung und Verwendung Bezug hat, schließt dahin bezügliche Verträge ab und decretirt alle Ausgaben auf die Gemeindekasse. Hat er hiernach insbesondere für Vermehrung und nützliche Verwendung des Gemeindevermögens zu sorgen, und sich somit zu überzeugen, daß Ausgaben nur für wirklich geleistete, entsprechende Dienste gemacht werden, so erklärt er, wenn er für eine solche Leistung eine Zahlungsanweisung auf die Gemeindekasse gibt, eben damit kraft seiner Amtsbefugniß und Amtspflicht urkundlich von selbst, daß die zu bezahlende Leistung nach seiner wohlbegründeten Ueberzeugung wirklich gemacht worden ist, und thut er solches wider besseres Wissen, z. B. durch Angabe eines fingirten Titels, so mißbraucht er sein Beurkundungsrecht, das ihm gerade zu dem Zwecke verliehen ist, um dadurch jedem Interessenten, insbesondere auch der Aufsichtsbehörde, mit Rücksicht auf die Verantwortlichkeit des Gemeinderaths eine Grundlage zur Beurtheilung der Frage zu verschaffen, in wie weit dieser innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehandelt, oder aber diese überschritten und sich dadurch zum Ersatze verpflichtet hat. Diese Beurkundung des Gemeinderaths ist sogar die gewöhnliche, wenn nicht einzige Quelle, aus der die Kenntniß über die Verwendung der Gemeindegelder geschöpft wird. Annalen XXIII. S. 134.

Von diesem Standpunkte aus paßt auch die Vergleichung unseres Falles mit dem Falle der verletzten Richterpflicht nicht, denn bei dieser bildet die in der Urkunde liegende ungerechte Entscheidung das Hauptmoment der Strafbarkeit (ähnlich wie bei schriftlich abgegebenen Gutachten oder schriftlich geleistetem Eide nicht die Urkunde, sondern deren Inhalt in Vordergrund tritt), wäh-

rend in unserem Falle gerade der Mißbrauch der öffentlichen Beurkundung, dieses gefährlichen Täuschungsmittels zur Verdeckung strafbarer Zwecke, den Gegenstand des Verbrechens ausmacht.

Pfeiffer, Amtsrichter.

IV.

Unbedingter Befehl.

1) Das Recht auf Schadloshaltung ist nicht gleichbedeutend mit jenem auf Zahlung.

2) Das Klagrecht auf Befreiung von einer Verbindlichkeit begründet noch keinen Anspruch auf Zahlung selbst.

Löffler gegen Querra.

Die Wittwe Hog geb. Querra in Offenburg hatte die jetzt streitenden Theile zu ihren Erben eingesetzt mit der Auflage, an die in Italien wohnhaften Verwandten einige Legate auszuzahlen. Diese den beiden Erben zugleich auferlegte Verbindlichkeit nahm Querra bei der Theilung auf sich allein, wogegen Löffler nach Verhältniß zurückstand. Die Legatare verlangten jedoch die Auszahlung der Vermächtnisse nicht, sondern bezogen bis jetzt blos die Zinsen davon. Indessen entstand bei der Löffler'schen Familie die Besorgniß, daß sie über kurz oder lang wegen der Legate in Anspruch genommen werden möchte, so daß sich dieselbe veranlaßt sah, einen unbedingten Befehl auf Zahlung der Stückvermächtnisse gegen Querra nachzusuchen, welcher auch erlassen, auf Einsprache des Beklagten aber wieder aufgehoben wurde.

Auf die gegen die gleichmäßigen Urtheile der vordern Instanzen von klagender Seite eingewandte Oberappellation erfolgte am 23. September l. J. ein bestätigendes Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

Die Oberappellanten verlangen die Wiederherstellung des auf ihr Begehren in erster Instanz erlassenen unbedingten Befehls, welcher dem Beklagten die Zahlung der darin bezeichneten Forderungsbeträge an die in Italien wohnenden Verwandten der Erblasserin Zwöl-fer Hogs Wittwe, mit Frist von 8 Wochen auferlegt. Diesem Begehren kann jedoch nicht entsprochen werden, und es erscheint deßhalb die erhobene Beschwerde unbegründet. Wenn auch unzweifelhaft den Oberappellanten ein Klagrecht auf Erfüllung des mit dem Beklagten abgeschlossenen Theilungsvertrags vom Mai 1837 zusteht, welcher die Befreiung der Kläger, beziehungsweise ihres Rechtsvorfahrers von der ihnen gesetzlich (L.R.S. 1017) obliegenden Verbindlichkeit bezüglich der gedachten Forderungen bezweckt, so sind sie doch nicht befugt, schlechthin die Zahlung, wie geschehen, zu verlangen. Der Theilungsvertrag selbst spricht dies nicht aus, und kein Gesetz knüpft diese Folge an die Ueberweisung („Zutheilung") einer Schuld. Es ergibt sich dies namentlich nicht aus dem von den Klägern angerufenen L.R.S. 2032, denn dieser gewährt blos das Recht auf Schadloshaltung, mit welcher die Zahlung nicht identisch ist, und zu der sie sich auch nicht wie das Geringere zum Größeren verhält. §. 336 d. Pr.O. Brauer, Erläuterungen Bd. IV. S. 37, vergleiche dazu L.R.S. 1190 2c.

D. R.

V.

Oberhofgerichtliches Präjudiz vom 9. Oktober 1858.

Müller gegen Räfle.

Die Vermuthung des L.R.S. 553 findet arg. L.R.S. 555 da keine Anwendung, wo nicht der angebliche Eigenthümer, sondern ein Anderer im juristischen Besitze ist.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 43.**

I.

Literaturbericht.

1) Zur Lehre von den juristischen Personen, von Unger, Professor in Wien,

in der kritischen Ueberschau für deutsche Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Arndts, Bluntschli und Pözl. 6r Bd. 2s Heft S. 147—188.

Es mag nicht uninteressant sein, bezüglich der in diesen Blättern besprochenen Frage, ob Aktiengesellschaften als juristische Personen anzusehen sind, einige Stimmen zu hören, welche dieselbe vom Standpunkt des gemeinen Rechts beleuchten. Professor Unger in Wien hat sich durch seine gründlichen Kenntnisse in dem römischen Recht und durch die Anwendung desselben bei Erforschung der Natur der neuern Rechtsinstitute schnell einen großen Ruf durch ganz Deutschland erworben. Hören wir daher, was er über unsere Frage sagt: In der Einleitung zu der obigen Abhandlung tadelt er, daß man zwischen die universitas und societas privata Mittelgebilde unter dem Namen Genossenschaften, Collectivgesellschaften mit formeller Einheit, modificirte Gesellschaften eingeschoben habe, anstatt die modernen Vereine, wie z. B. die Lese- und Erholungsgesellschaften, Clubbs, Ressourcen, Casinos, Leihcassen, Versicherungs- und Versorgungsanstalten u. s. w. einfach als juristische Personen anzusehen. Er untersucht sodann:

1. die Frage, ob Personenvereine vermöge einer allgemeinen Rechtsvorschrift als juristische Personen betrachtet werden können, oder ob es für jeden Verein einer besonderen Verleihung bedürfe? Es fehlt nicht an Schriftstellern, welche sich zu der letzteren Ansicht bekennen, so z. B. Mühlenbruch, Pfeiffer, Lieculff. Diesen hält er den Ausspruch von Puchta entgegen, welcher sagt, „es sei dies ebenso wenig richtig, als wenn Jemand sich vorstellen wollte, daß bei der Geburt eines jeden Menschen eine obrigkeitliche Deklaration seiner als Person nachgesucht werden sollte." Er bekennt sich zu der Ansicht von Böcking (Pandekten §. 63 Note 1), wornach mit der Bildung eines Personenvereins mit corporativer Tendenz oder mit der Existenz eines Stiftungsvermögens die juristische Person ebenso ohne Weiteres vorhanden ist, wie der Nachlaß eines Verstorbenen personae vice fungitur, ohne daß der Staat hiezu erst die Bewilligung zu ertheilen braucht. Diese Behauptung soll nun zunächst für das römische Recht erwiesen werden. Es ist gewiß im höchsten Grade interessant, zu erfahren, daß das Vereinswesen in dem römischen Staate ungefähr dieselben Wandlungen erfahren hat, wie bei uns. Vereine, anfangs erlaubt, schlugen bald in politische Clubbs um, weßhalb sie Gegenstand besonderer polizeilicher Vorkehrungen wurden: sie sollten ohne besondere staatliche Erlaubniß nicht gestattet sein, die bestehenden Vereine wurden streng überwacht, besondere Beamte wurden zu diesem Zweck bestellt. Dagegen findet sich nirgends eine Andeutung, daß den Vereinen die Rechte einer juristischen Person beigelegt wurden, vielmehr gilt es als Eigenthümlichkeit derselben ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem l. 1. §. 1 D. quod cujusc. univ. (3. 4), sie können auch mit Legaten bedacht werden l. 20 D. de reb. dub. (34. 5). In Deutschland, wo das römische Recht als Privat- nicht als öffentliches Recht aufgenommen wurde (eine Bemerkung, welche für die Anwendung von der größten Bedeutung ist), sei die im römischen Recht vorgeschriebene staatliche Genehmigung für Vereine niemals recipirt worden, daher es derselben nur da bedürfe, wo die Landesgesetze dies ausdrücklich vorschreiben. Folgerecht müßte man zu der Ansicht, zu der sich Reyscher bekennt, gelangen, daß bei den modernen Vereinen, Aktiengesellschaften u. s. w.,

der Akt der Constituirung hinreiche, um die juristische Person ins Leben zu rufen. Diese Folgerung will jedoch Unger nicht zugeben. Er meint, es müsse der Rechtssatz, daß den Personenvereinen Persönlichkeit zukomme, auch für unser heutiges Recht nachgewiesen werden; und diesen Nachweis glaubt er in der Behandlung, welche die Praxis diesen Vereinen zu Theil werden läßt, zu finden. Wenn ein Verein als Eigenthümer oder als dinglich Berechtigter erscheint, wenn er als Gläubiger oder Schuldner, als Kläger oder Beklagter zugelassen wird u. s. w., so sei er ebendadurch als selbstständige Persönlichkeit anerkannt und es sei nur Aufgabe der Wissenschaft, diese äußere Erscheinungen auf das leitende Prinzip zurückzuführen, und von der Peripherie zu dem Mittelpunkt vordringend den Satz auszusprechen, daß ein solcher Verein personae vice fungitur l. 22 D. de fidejuss. (46. 1). Man habe aber bisher aus einem doppelten Irrthum die spezielle staatliche Ertheilung der juristischen Persönlichkeit für nothwendig gehalten; einmal weil man glaubte, es handle sich von Corporationsrechten, beneficiis, Privilegien, welche ausnahmsweise begünstigten Gesellschaften ertheilt werden (wie z. B. das Recht zur Expropriation, welches namentlich Eisenbahngesellschaften verliehen zu werden pflegt), während es sich nur von einer rechtlichen Qualität handelt, nämlich ob ein Verein als selbstständiges Rechtssubjekt gelte; Andere aber scheuen sich deßhalb, einen Verein ohne Weiteres als Corporation (Unger braucht hier dieses Wort statt des Wortes „Rechtssubjekt" gleichsam als ob ein Verein schon dadurch, daß seine Persönlichkeit anerkannt wird, zu einer Corporation sich gestalte) anzusehen, weil sie davon Nachtheil für die Mitglieder des Vereins besorgen, dessen Vermögen ihnen dadurch entzogen, einem sie verdrängenden Subjekt beigelegt, ihrer Einwirkung entrückt werde, und am Ende als bonum vacans an den Staat falle (so Pfeifer in seiner Schrift „die Lehre von den juristischen Personen"). Daß diese Besorgniß unbegründet sei, soll später gezeigt werden.

Schließlich macht Unger die Bemerkung, daß ein Verein, um als Corporation betrachtet zu werden, corporative Tendenz haben, das heißt sich als selbstständiges, von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt geriren müsse. Es geht aus dieser Stelle wieder hervor, daß Unger einen Verein schon darum als Corporation betrachtet, weil ihm Persönlichkeit zukommt. Diese Ansicht führt zu ganz unerwarteten Consequenzen, wie wir aus den Mittheilungen über eine zweite Schrift ersehen werden. Ob nun ein Verein oder eine Gesellschaft corporative Tendenz habe, sei eine quaestio facti — die staatliche Genehmigung sei dabei ganz irrelevant, wie z. B. eine Versicherungsgesellschaft, deren Mitglieder erst bei dem wirklichen Eintritt eines Unglücksfalls die nöthige Summe zusammenschießen, welche mithin gar nicht in den Fall kommt, Eigenthum zu haben, nicht als Corporation anzusehen sei, wenn sie auch staatliche Erlaubniß habe; dagegen sei eine Aktiengesellschaft immer eine juristische Person, sagt Unger, mag sie einer besondern staatlichen Genehmigung bedürfen, oder mag dieses, wie es gemeinrechtlich der Fall ist, nicht erforderlich sein.

II. Dieser Abschnitt ist der Untersuchung der Frage gewidmet, ob denn überhaupt eine Nothwendigkeit zur Annahme juristischer Persönlichkeiten vorhanden sei, indem man theils diese Annahme für überflüssig, theils für ein Unding oder gar für einen juristischen Kniff erklärte. Es werden die Ansichten von Kuntze und von Köppen gründlich widerlegt, worauf hier jedoch nicht weiter eingegangen werden soll, da dieses von unserm Zweck zu weit abliegt. Nur die Schlußbetrachtung wollen wir hier auszugsweise anführen:

„Die Fiktionen, welche die Rechtswissenschaft aufstellt, sind das Resultat juristischer Betrachtung, das Ergebniß wissenschaftlicher Zusammenfassung. Sie werden gemacht entweder um eine Mehrheit von Normen für die Behandlung eines Rechtsverhältnisses unter ein einziges leitendes Prinzip zu bringen, und hierdurch das Studium und die Kenntniß des Rechts zu erleichtern; oder um einem Kreis von Erscheinungen im Rechtsleben den zusammenhaltenden Mittelpunkt zu geben, und den Kern einer eigenthümlichen Gestaltung von Rechtsverhältnissen zu bezeichnen. Sie sind nicht das Erzeugniß aprioristischer Spekulation, sondern das Resultat schärferer juristischer Beobachtung und Auffassung des Gegebenen, nicht ein Kniff, sondern die kunstgemäße Erklärung bestehender Verhältnisse, die Formel für eine Gruppe von Erscheinungen; sie befriedigen das wissenschaftliche Bedürfniß, bringen das zu Grund liegende Prinzip zum Bewußtsein, enthalten aber keine praktische Neuerung. Das bewußte Aufstellen solcher Fiktionen bezeichnet einen Fortschritt, nicht in der Bildung des Rechts, sondern in der Erkenntniß desselben, einen Fortschritt nicht in dem Rechtsverkehr, sondern in der Rechtswissenschaft."

III. In dem 11ten Bande der Zeitschrift f. r deutsches Recht No. 10 hat Jolly gegen die Auffassung der Aktiengesellschaften als juristische Personen angeführt, daß während der Existenz derselben alle Erträgnisse ihres Vermögens den Mitgliedern zufallen, daß es jeder Zeit in dem Belieben der Mitglieder stehe, der Existenz derselben ein Ende zu machen, und daß das Vermögen derselben schon von Rechtswegen an die Mitglieder falle, weßhalb wohl der Name der juristischen Person gerettet werden könne, ohne daß von einem selbstständigen Rechtssubjekt, verschieden von den einzelnen Personen, die Rede sein könne.

Diesem Einwurf begegnet Unger durch folgende Ausführung: „Aus dem Begriff der juristischen Person folgt nur, daß ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes ideales R e c h t s s u b j e k t vorhanden ist, welches den Mittelpunkt des Corporationsvermögens bildet, welches Eigenthümer der dazu gehörenden Sachen, ferner Gläubiger und Schuldner, unter Umständen Erbe und Legatar ist. Welche Rechte und Pflichten die einzelnen Mitglieder haben, in welchem Verhältnisse sie zu der Corporation (!) stehen, ob und in welcher Weise die Nutzungen und der Gewinn unter sie getheilt wird u. s. w. alles das hängt von Momenten ab, welche nicht im Begriff der juristischen Person, sondern in etwas Anderm gelegen ist. Das Entscheidende in dieser Beziehung ist der Zweck um dessen willen das künstliche Subjekt existirt. Die Verschiedenheit des Zwecks zieht eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nach sich. Schon bei den öffentlichen Corporationen können die Mitglieder in einer gewissen Beziehung zu dem Corporationsvermögen stehen, wie dies z. B. bei Gemeindealmenden vorkömmt; dies gilt um so mehr bei Privatcorporationen und ganz vorzugsweise bei den corporativen Erwerbsgesellschaften.“

Unter diesen versteht Unger die Aktiengesellschaften, welche wie er nachweist, schon bei den Römern existirten, wie z. B. die societates publicanarum s. vectigalium publicorum, aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum in den Digesten erwähnt werden. Eine vollständige Ausbildung erhielten besonders die societates vectigalium, bei denen der Charakter der juristischen Persönlichkeit nach l. 1. pr. D. quod cujusc. univ. (3. 4) und nach l. 22. D. de fidej. (46. 1) gar nicht zu bezweifeln ist, wiewohl alle Erträgnisse des Vermögens den Mitgliedern (socii) zuflossen. l. 63. §. 8. D. pro socio und l. 9. §. 4. D. de public.

Die socii hatten nach Maaßgabe ihres eingelegten Capitals einen Antheil, welcher pars hieß, l. 59 pr. D. pro socio; diese pars, welche unsere modere A k t i e ist, konnte veräußert und vererbt werden, l. 59. pr. und l. 63. §. 8 cit. Der Erbe eines verstorbenen socius erwarb den Antheil seines Erblassers an Gewinn und Verlust, ohne jedoch stimmberechtigt zu sein, nisi fuerit adscitus, l. 59. pr. cit., wenn er nicht (wahrscheinlich mittelst besondern Beschlusses) zugelassen wurde.

Von derartigen Gesellschaften sagt Gajus in l. 1. §. 1. D. (3. 4): Quibus autem permissum est, corpus habere collegii, societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tanquam in republica quod communiter agi fierique opotet, agatur fiat.

Bezeichnend ist hier die Vergleichung mit der Republik, welche doch wohl bezüglich aller ihrer Privatverhältnisse als juristische Person gilt; an einer andern Stelle, welche eben deßhalb berühmt geworden ist, nemlich in l. 22. D. de fidejuss. (46. 1) ist dies geradezu ausgesprochen: hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. Wie man aus den hier angeführten Stellen ersieht, erscheinen auch im römischen Recht die heute sog. Aktiengesellschaften unter dem Namen societates, die Mitglieder unter dem Namen socii und Unger selbst behauptet, daß auch für diese Gesellschaften die in dem Titel pro socio aufgestellten Grundsätze des römischen Rechts anwendbar seien; um so mehr darf man sich wundern, daß Unger diese Gesellschaften als Corporationen, welche doch wohl unter einen andern juristischen Gesichtspunkt fallen, bezeichnet weßhalb er genöthigt ist, auch solche Einwendungen, welche gerade diese Auffassung übertreffen, zu widerlegen. Wir werden bei dem Referat eine zweite Schrift sehen, daß man den Gedanken, Aktiengesellschaften seien Corporationen, weiter verfolgt und zu dem Schlusse gelangt ist, sie seien keine Gesellschaften.

IV. Darüber, ob Aktiengesellschaften juristische Personen sind oder nicht und was im letztern Fall ihr juristisches Wesen sei, herrscht große Meinungsverschiedenheit, sagt Unger. Brackenhöft verzweifelt an der Möglichkeit, solche Gesellschaften juristisch zu construiren. „Die Existenz des ganzen Verhältnisses beruht auf Anomalien, die nach allgemeinen juristischen Grundsätzen dem Gebiet der Unmöglichkeit angehören.“ Sehr nahe liege zwar, meint derselbe Schriftsteller, eine dem Etablissement beiwohnende

sog. moralische Person als das Subjekt der aus den Geschäften entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen, ja es lasse sich die durch den Mangel eines Subjekts entstehende Lücke in der Darstellung kaum anders ausfüllen, als indem man außer den sociis und dem Vorsteher noch ein anderes Subjekt aufstellt u. s. w. Ganz in den Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung findet das Wesen der Aktiengesellschaft in der durch Vertrag bewirkten Vereinigung der Geldmittel, eine Ansicht, welche vielfältig auch von französischen Schriftstellern getheilt wird.

Wir sind nur dadurch nicht weiter gekommen, indem es sich nunmehr fragt, ob denn diese Capitalvereinigung etwa wie die hereditas jacens, als Rechtssubjekt zu betrachten ist? Pöhls in seiner Schrift über das Recht der Aktiengesellschaften sieht diese als moralische Personen an, während Jolly und Brinkmann sie als Gesellschaften mit formeller Personeneinheit betrachten, dabei aber behaupten, es sei weder Grund noch Nothwendigkeit vorhanden, sie als juristische Personen aufzufassen, nur die Verborgenheit der Mitglieder habe zu der überflüssigen und unrichtigen Annahme einer solchen geführt.

Man darf aber in der That fragen, was denn die formelle Personeneinheit, welche von ihnen aufgestellt wird, bedeuten soll, wenn nicht gerade dasselbe, was man herkömmlich mit der juristischen Persönlichkeit bezeichnet. Es ist, wie mir scheint, für denselben Begriff nur ein anderes Wort gewählt. Renaud, Bluntschli und Beseler sehen in den Aktiengesellschaften deutschrechtliche Genossenschaften. Auch dieses Wort dürfte, wenn genauer analisirt, zu demselben Grundgedanken hinführen. Die Genossenschaft gilt dann als das gedachte Subjekt aller Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Nur dürfte, wenn richtig ist, daß schon den Römern diese Gesellschaften bekannt waren, es als historischer Verstoß erscheinen, sie als deutschrechtliches Institut zu bezeichnen. Andere endlich wie Treitschke, Schmid, Gerber, Thöl, Walter und Gengler glauben mit dem Begriff einer modificirten Societät ausreichen zu können. Bekanntlich ist dies die Stellung, welche der Aktiengesellschaft in dem französischen Handelsgesetzbuch (code de commerce) und nach diesem Vorbild in allen neuern Gesetzbüchern und Entwürfen angewiesen wird. Auf diese Ansicht, sagt Unger, soll hier näher eingegangen und ihre civilistische Unhaltbarkeit versucht werden. Es muß hierbei aber ein Mißverständniß obwalten. Denn die nachfolgende Ausführung von Unger bemüht sich nur darzuthun, daß die Aktiengesellschaft mit ihren Mitgliedern nicht identisch sei, daß außerhalb der Mitglieder die Gesellschaft als besonderes Rechtssubjekt existire, daß wir es hier mit einer Personenvereinigung zu thun haben, welche nicht den Charakter einer privata societas, sondern den einer publica societas an sich trägt. Demnach doch immer einer societas, auf welche, wie Unger vorher selbst angeführt hat, das römische Recht die Regeln des Pandektentitels pro socio anwendet. Auf diesen Punkt kommen wir bei Besprechung einer zweiten Schrift ausführlicher zurück. Die Aktiengesellschaften, so schließt Unger seine Ausführung, sind die modernen societates publicae, corporative Erwerbsgesellschaften; sie sind juristische Personen, die Aktionäre ihre natürlichen Repräsentanten, welche selbst wieder durch ihre Vorstände, Direktoren u. s. w. repräsentirt werden. Als juristische Personen werden sie anerkannt in einer Entscheidung der Leipziger Juristen Fakultät, mitgetheilt von Günther (Observationes de consociationibus quae Aktienvereine dicuntur), von Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 13 No. 11, von Glepke, Zeitschrift für Handelsrecht 2. Heft No. 21, welcher jede Handelsgesellschaft, sogar die offene und Commanditgesellschaft (in Uebereinstimmung mit vielen französischen Juristen), als juristische Person ansieht, von Kuntze (die Lehre von den Inhaberpapieren S. 500), und von Hahn (die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien §. 27.)

V. Die Rechtsfähigkeit dieser modernen Vereine und Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit hat denselben Umfang, welchen die Rechtsfähigkeit einer Corporation überhaupt hat. Sie sind also fähig, Eigenthum und dingliche Rechte zu erwerben (und auf ihren Namen in die Grund- und Hypothekenbücher eintragen zu lassen), in obligatorischen Rechtsverhältnissen als Gläubiger und Schuldner zu stehen (und zwar mit den Mitgliedern der Gesellschaft selbst, was ohne Annahme der Persönlichkeit nicht denkbar ist), zu klagen, vor Gericht belangt, mit Legaten bedacht und zu Erben eingesetzt zu werden. Die Praxis in unserem Lande ging, so viel mir bekannt, stets von diesen Grundsätzen aus; sie auch nur in Frage stellen, kann zu großen Verwirrungen führen, weshalb zur Consolidirung derselben eine wiederholte Besprechung nicht als überflüssig erachtet werden dürfte.

Dr. Ladenburg.

II.

Simulation.

1) Zum Beweise von Scheingeschäften sind richterliche Vermuthungen zulässig.
2) Derartige Vermuthungen können aus den persönlichen Verhältnissen der Contrahenten, aus ihren Vermögensumständen und den Vertragsbestimmungen selbst abgeleitet werden.

(Annalen XXV. 299.)

Laut Urkunde vom 24. Juli 1845 hatte Christoph Braun in Paris an die Johann Früh Eheleute zu Pforzheim eine zu 5 pCt. verzinsliche Summe von 7000 fl. aus Darlehen zu fordern, wofür sich Ferdinand Weyrether, als Tochtermann der Schuldner, unter Sammtverbindlichkeit verbürgt hat.

Friedrich Knodel als Rechtsnachfolger des Christoph Braun, kündigte die Schuld am 31. August 1855 und erwirkte in der Folge gegen Hauptschuldner und Bürgen einen unbedingten Befehl vom 5. April 1856, dann gegen Ferdinand Weyrether ein Pfändungsbefehl vom 17. Mai 1856, auf welchen dem Letzteren für 7300 fl. Waaren aus seinem Kaufladen abgepfändet wurden.

Gegen diese Pfändung erhob Wilhelm Früh, welcher mittlerweile das Vermögen seines Vaters Johann Früh übernommen hatte, auf den Grund eines Miethvertrags vom 27. Juli, sodann eines Gesellschaftsvertrags vom 24 November und eines Kaufvertrags vom 12. Dezember 1855 Einsprache mit dem Antrage, zu erkennen:

> daß der Gläubiger schuldig sei, ihm die gepfändeten Fahrnisse oder doch die Hälfte davon, als sein Eigenthum, zu überlassen.

Knodel suchte diese Einsprache als unbegründet darzustellen und schützte zugleich vor, daß die angerufenen Verträge nur zum Schein geschlossen worden seien, um ihm die Verfolgung seiner Ansprüche gegen Weyrether unmöglich zu machen; er hat deßhalb um Verwerfung der Einsprache.

Das Untergericht entschied:

1) Der Einsprachskläger wird mit der erhobenen Einsprache, insoweit diese auf die Hälfte der gepfändeten Ladenwaaren geht, abgewiesen.
2) Dagegen wird die Hälfte der gepfändeten Ladenwaaren dem Einsprachskläger freigegeben.

Hiergegen appellirten beide Theile, worauf in zweiter Instanz erkannt wurde:

> daß der Einsprachskläger auch bezüglich der andern Hälfte der gepfändeten Ladenwaaren mit seiner Einsprache abzuweisen sei.

Auf die von Wilhelm Früh eingewandte Oberberufung erfolgte am 12. Oktober l. J. ein bestätigendes Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

Das Detailgeschäft, zu welchem die gepfändeten Ladenwaaren gehören, betreibt Ferdinand Weyrether allein, und nur er ist zu dieser Betreibung concessionirt. Sein Schwager, Wilhelm Früh, beansprucht aber diese Waaren auf den Grund eines Miethvertrags mit dem Eigenthümer des Hauses, in welchem sich der Laden befindet, und eines Gesellschaftsvertrags mit Weyrether — als sein Eigenthum.

Wenn nun auch, wie der Hauseigenthümer Mayer versichert, W. Früh diesem gegenüber als Miether aufgetreten ist, so ist dies gegenüber der Thatsache nicht entscheidend, daß die gemietheten Räume für das, nach dem Gesellschaftsvertrag angeblich auf gemeinschaftliche Rechnung übernommene und geführte, in Wirklichkeit aber von Ferdinand Weyrether allein betriebene Geschäft, und nur von diesem benutzt worden sind. Unter diesen Verhältnissen steht ihm der Rechtstitel des Besitzes um so weniger zur Seite, als die von ihm gegen seinen Schwager nach außen eingenommene Stellung nach den Ergebnissen des gerichtlichen Verfahrens offenbar auf Collusionen beruht. So sollen nach dem Gesellschaftsvertrag, den Beide am 24. November 1855 in öffentlicher Form abgeschlossen haben, auch sämmtliche Vorräthe des Geschäfts Eigenthum des Wilhelm Früh sein, welcher in §. 2 zugesagt hat, die zur Uebernahme und Fortführung des Geschäfts nöthigen Mittel unverzinslich zu verschaffen. Der Einsprachskläger hat jedoch die Erfüllung dieser seiner Zusage nicht dargethan. Dieser Vertrag, welcher dem betreibenden Gläubiger schon deßhalb nach L.R.S. 42 nicht entgegengehalten werden kann, weil er erst nach der am 17. Mai 1856 vollzogenen Pfändung, nemlich am 19. desselben Monats durch Eintrag in das dafür bestimmte Buch offenkundig gemacht wurde, gibt zu der Vermuthung Anlaß, daß er nicht im Ernste, um Rechte und Verbindlichkeiten unter den angeblichen Contrahenten zu begründen, sondern nur zum Schein geschlossen sei,

um als Deckmittel für das Vermögen des Ferdinand Weyrether dieses vor dem Zugriff seiner Gläubiger zu verhüllen.

Diese Vermuthung gründet sich darauf, daß Ferdinand Weyrether zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrags bereits von dem Gläubiger Braun belangt war, daß ihm als Schwager des Wilhelm Früh dessen Hilfe zur Vereitlung des Zugriffs jenes Gläubigers nahe lag, daß ferner der Inhalt des Vertrags zu eigenthümlich ist, als daß man nicht an dessen ernstliche Abschließung zweifeln sollte. Weyrether soll nemlich, ohne irgend eine Einlage, am Gewinn denselben Antheil haben, wie Wilhelm Früh, welcher das Geschäft durch seine Mittel begründet und erhält, doch dessen Führung Jenem überläßt, für dieselbe aber sich sammtverbindlich erklärt!

Fühlte man aber demungeachtet sich geneigt, diesen Vertrag an sich als einen wegen der besonderen Verhältnisse der Betheiligten, insbesondere wegen der zwar behaupteten, aber keineswegs nachgewiesenen, Vermögenslosigkeit des Ferdinand Weyrether aus erlaubter Vorsicht möglicherweise wirklich so abgeschlossen anzusehen, so ist dies nach Ansicht des Kaufvertrags vom 12. Dezember 1855 geradezu nicht mehr möglich; denn dieser Vertrag trägt die unverkennbaren Zeichen seines Scheinwesens zur Schau. Auch sein formeller Abschluß fällt in die Zeit zwischen Klage und Vollstreckung wegen der Braun'schen Forderung; Gegenstand des Kaufs sind grostentheils unentbehrliche Fahrnisse an Leib-, Bett-, Koch- und Wohnungsgeräthe; diese Gegenstände welche für den Käufer kaum einen Gebrauchswerth haben, werden, obschon sie durch den Gebrauch an Werth verlieren, dennoch im Besitze des Verkäufers gelassen; der Kaufpreis wird durch Wettschlagung von Gleichstellungsforderungen getilgt, deren eine im Betrage von 5623 fl 7 kr. W. Früh seinem Vater Johann am 2. Juli 1855 um 562 fl. abgekauft, obschon dieser nach derselben Theilung an Ferdinand Weyrether seinerseits auch 3290 fl 19 kr. zu zahlen hatte, welche Verbindlichkeiten Wilhelm Früh an jenem Tage auch übernahm; das Geschäft gleicht hiernach nicht sowohl einem Kauf, als vielmehr einer Hingabe an Zahlungs statt, welcher gegenüber das im Gesellschaftsvertrag dem Käufer geschenkte maaslose Vertrauen und Credit nicht wohl zu erklären ist; der Käufer, welcher seinen Schuldner mit dessen Antheil am Geschäftsgewinn in der Hand hat, veranlaßt ihn, statt sich zu seiner Befriedigung an diesen zu halten, zur Hingabe aller seiner, auch der unentbehrlichsten Fahrnisse als Zahlungsmittel, und der Verkäufer begnügt sich mit einem — gegenüber der Schätzung — bei der späteren Vollstreckung außerordentlich niederen Anschlag, obschon er hiernach noch mit der für ihn nicht unbedeutenden Summe von 2592 fl. 54 kr. in des Käufers Schuld bleibt.

Wenn hieraus ersehen werden kann, daß Ferdinand Weyrether sich nicht scheut zur Benachtheiligung seiner Gläubiger handgreiflichen Trug zu üben, und daß Wilhelm Früh, der Einsprachskläger, sich ebensowenig scheut, hiezu hilfreiche Hand zu bieten, indem er, der dem betreibenden Gläubiger an sich nicht verhaftete, zur Vereitlung des Zugriffs das diesem unterliegende Vermögen der beiden Schuldner seines Vaters und seines Schwagers, letzteres nur scheinbar, mit dem seinigen vereinigt, so steigert dies die Vermuthung, daß der Gesellschaftsvertrag auch nur Form ohne Wesen — zu gleichem Zwecke geschlossen — sei, zur Ueberzeugung, welche das Gericht unbehindert durch den, auf die Fälle des hier nicht zur Anwendung kommenden L.R.S. 1167 zu beschränkenden L.R.S. 1167 a nach L.R.S. 1347 1348. 1349. 1353 zu Gunsten des betheiligten Dritten aus den vorliegenden Thatsachen zu schöpfen befugt ist.

Da hiernach die Eigenthumsansprüche des W. Früh nichts weniger als begründet sind rc.

D. R.

III.

Bürgschaft.

Zur Erläuterung des L.R.S. 2016 und 2037.

Burger gegen Leininger.

Inhaltlich einer Urkunde vom 28. Januar 1847 hatte H. L. Burger an P. Heß die Summe von 6020 fl. zu fordern, welche vom 15. Januar 1847 an zu 5 pCt. verzinst und in 10 Jahresziehlern abgezahlt werden sollte.

Hiefür stellte sich ein gewisser M. Ringwald als Selbstschuldner und Zähler dar, dem Gläubiger überlassend, diese Verbindlichkeit auf sein liegenschaftliches Vermögen in das Unterpfandsbuch eintragen zu lassen.

Zu gleicher Zeit verbürgten sich J. Leininger, J. Leonhard und F. Maier für die ersten 3 Ter-

mine obiger Schuld im Betrage von 1500 fl. dergestalt, daß im Falle der Schuldner solche nicht zahlen würde und auch Ringwald zahlungsunfähig wäre, sie die bemerkten 1500 fl. zu zahlen sich verbindlich machten.

Nachdem nun P. Heß ohne das Mindeste bezahlt zu haben, in Gant gerathen und Burger mit seiner Forderung leer ausgegangen war, nahm er den M. Ringwald regressorisch in Anspruch, jedoch vergebens, da dieser ebenfalls kein Vermögen mehr besessen hatte.

Burger griff daher für den Betrag von 1500 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 15. Januar 1847 auf die vorgenannten 3 Nachbürgen, welche aber einwendend vorbrachten:

1) Der Kläger habe am 30. März 1848 zu Gunsten des Freiherrn von Ulm auf die von Ringwald angebotene Realcaution verzichtet und dadurch einen Verlust von 552 fl. selbst verschuldet, indem die Ringwald'schen Liegenschaften auf Antrag des Freiherrn von Ulm versteigert und diesem die Erlöse in dem genannten Betrage zugewiesen worden seien. Durch jenen Verzicht sei es aber den Beklagten unmöglich gemacht worden, in die Rechte, Pfänder und Vorzüge des Klägers einzutreten. L.R.S. 2037.

2) Sie hätten sich nur für den Betrag von 1500 fl. und nicht auch für Zinsen davon verbürgt, welche eben deßhalb mit Unrecht gegen sie gefordert würden. L.R.S. 2016.

In erster Instanz unterlag der Kläger und appellirte deßhalb an das Hofgericht, welches die Beklagten zur Zahlung von 1500 fl. nebst Verzugszinsen vom 14. September 1857 als dem Tage der Klagzustellung verurtheilte und den Kläger nur mit den weiter geforderten Zinsen abwies.

Dagegen beschwerten sich beide Theile, die Beklagten im Wege der Oberberufung darüber, daß die Klage in Ansehung von 552 fl. nicht abgewiesen und der Kläger mittelst der Anschließung in so fern, als er mit dem Anspruch auf bedungene Zinsen abgewiesen wurde.

Am 12. Oktober l. J. erfolgte in dritter Instanz ein confirmatorisches Urtheil.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten erkennen ihre Haftverbindlichkeit als Bürgen dadurch an, daß sie nicht gegen die Verurtheilung zur Zahlung der verbürgten Summe im Allgemeinen, sondern nur hinsichtlich derjenigen 552 fl., auf welche sich die aus L.R.S. 2037 entlehnte Einrede bezieht, Beschwerde führen.

Diese Einrede und die darauf gestützte Beschwerde ist jedoch nicht für begründet zu erachten, da dem klagenden Gläubiger überall kein wirkliches Unterpfands- oder Vorzugsrecht zugestanden hat, auf welches er hätte verzichten können.

Durch die dem Kläger von M. Ringwald eingeräumte Befugniß, die Bürgschaftsübernahme auf dessen liegenschaftliches Vermögen ins Unterpfandsbuch eintragen zu lassen, wurde weder ein richterliches, noch ein bedungenes Unterpfand geschaffen, und mithin durch die kläger'sche Erklärung vom 30. März 1848 auch kein solches aufgegeben.

In zweiter Instanz behaupten die Beklagten selbst nur, daß ihr Gegner auf das Recht, ein Unterpfand zu erwirken, verzichtet habe; sie können sonach aus diesem Verzichte eine Befreiung um so weniger ableiten, als sie die Bürgschaftsübernahme nicht an die Bedingung geknüpft haben, daß M. Ringwald in anderer Weise noch Sicherheit leiste, oder der Gläubiger sich irgend ein Unterpfandsrecht gegen denselben verschaffe.

Nur dann, wenn die Bürgschaft der Beklagten unter einer solchen Bedingung übernommen worden wäre, hätte es sich fragen können, ob ihre Verbindlichkeit durch eine Nachlässigkeit des Gläubigers oder durch dessen Verzichtleistung vom 30. März 1848 erloschen sei?

Die Beklagten sind daher mit Recht zur Zahlung der vollen Summe von 1500 fl. nebst Verzugszinsen vom Tage der Klagzustellung an verurtheilt worden.

Auch der Kläger beschwert sich gegen das hofgerichtliche Urtheil im Wege der Anschließung auf Grund des §. 1143 der Prozeßordnung darüber, daß er mit seinem Anspruch auf die seit dem 15. Januar 1847 verfallenen Zinse abgewiesen wurde.

Diese Adhäsionsbeschwerde ist jedoch verwerflich. Es liegt nämlich keine unbestimmte, sondern eine bestimmte Bürgschaft vor, indem sich die Beklagten schlechthin zur Zahlung der drei ersten Zieler im Betrage von 1500 fl. ohne alles Weitere verbindlich gemacht und dieses deutlich ausgedrückt haben.

Nach der richtigen Auslegung des L.R.S. 2016,
vrgl. Annalen XVIII. 10,
Gilbert ad art. 2016 No. 5,

können somit die Beklagten nicht zur Entrichtung von bedungenen Zinsen, wozu sich nur der Hauptschuldner ausdrücklich verpflichtet hat, angehalten werden.

Aus diesen Gründen rc.

D. R.

IV.

Offenbarungseid.

Zur Auslegung des §. 599 der Prozeßordnung.

(Annalen XX. 281.)

Die Erben der verlebten Franziska Greulich verlangten von der Ehefrau des J. M. Kretz, welche die Erblasserin zu verpflegen hatte, wegen Verschleppung des größten Theils der zur Verlassenschaft gehörigen Fahrnisse, die Ausschwörung des Offenbarungseides, womit sie jedoch in erster Instanz zurückgewiesen worden sind.

Auf ihre Appellation erkannte das großh. Hofgericht abändernd die Beklagte für schuldig, einen Offenbarungseid dahin zu leisten: daß sie alles, was etwa von dem Nachlaß der Franziska Greulich noch nicht angegeben ist, vollständig und getreulich angeben wolle.

Die Beklagte ergriff die Oberberufung und suchte auszuführen, daß

1) die Bescheinigung des Interesses der Kläger,
2) die Bescheinigung eines besonderen Verdachts der Veruntreuung oder Verheimlichung und
3) die Nachweisung der Verpflichtung der Beklagten, einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder herauszugeben,

von den Klägern in den bisherigen Verhandlungen nicht beigebracht worden sei.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde jedoch am 19. Okt. l. J. in dritter Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die Oberappellantin ist durch das Urtheil der zweiten Instanz, wodurch sie dem Begehren der Kläger gemäß zur Leistung des Offenbarungseids schuldig erklärt wurde, nicht beschwert.

Zuvörderst ist die Eigenschaft der Kläger, als gesetzliche Erben der verstorbenen Franziska Greulich von der Beklagten zugegeben, und dadurch allein schon ihr Interesse an der Sache außer Zweifel gestellt.

Da die Beklagte, welche nach der Schenkungsurkunde vom 10. Januar 1856 die allein stehende Franziska Greulich in gesunden und kranken Tagen zu verpflegen hatte, sofort nach dem Eintritt des Todes derselben, ohne daß eine Siegelanlegung erfolgt und ehe noch ein Vermögensverzeichniß aufgenommen war, die gesammte vorhandene Fahrniß mit geringer Ausnahme hinweggeschafft, und sich zugeeignet hat, so ist sie schon allein kraft dieser Thatsache zur Ausschwörung des Offenbarungseids verbunden. Der § 599 der Pr.O. verlangt nämlich die Bescheinigung eines besonderen Verdachts der Veruntreuung oder der Verheimlichung nur unter der Voraussetzung, daß bereits ein in gesetzlicher Form errichtetes Vermögensverzeichniß aufgestellt war.

Aber auch in diesem Falle hätte sie dadurch, daß sie, wie die Akten über die Vermögensaufnahme darthun, die von ihr rechtswidrig hinweggenommenen Gegenstände nur auf wiederholte Aufforderung nach und nach beigebracht hat, ein Benehmen an den Tag gelegt, welches einen besondern Verdacht der Verheimlichung auf sie zu werfen geeignet wäre. Dieser Verdacht könnte nicht durch die Behauptung beseitigt werden, daß sie der Ueberzeugung gewesen sei, ihrer Tochter Rosa sei alle Fahrniß durch Testament vermacht gewesen. Denn nach dem Eingang der Theilungsakten hat die Franziska Greulich keinen letzten Willen hinterlassen, daher der Beklagten ein solcher auch nicht eröffnet sein konnte. Eben so unerheblich ist das mit nichts bescheinigte und mit dem Inhalt der Vermögensaufnahme nicht zu vereinbarende Vorgeben, daß einer der Miterben, welcher übrigens hiezu keineswegs befugt gewesen wäre, sie aufgefordert habe, die Fahrniß mitzunehmen, in welchem Falle immerhin noch der Verdacht der Verheimlichung den andern Miterben gegenüber bestehen würde.

Aus diesen Gründen rc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 44.

I.

I. Ueber den Thatbestand des strafbaren Wuchers (Annalen XIX. S. 131, XXIV. S. 293. 357), insbesondere darüber:

1) daß als übermäßiger Vortheil nicht jedes, wenn auch beträchtliche Ueberschreiten des gesetzlichen Zinsfußes erscheint, sondern daß darüber das richterliche Ermessen nach Verhältniß der Gefahr entscheidet, welche für den Darleihensgeber nach Maaßgabe der persönlichen und der Vermögensverhältnisse des Entleihers bestand;

2) daß die Noth des Entleihers eine dringende sein muß, welcher er nur durch Eingehung des Wuchergeschäfts abhelfen konnte, daß aber eine solche Noth nicht besteht, wenn der Entleiher andere pekuniäre Hilfsmittel besaß, die er nicht angreifen wollte;

3) daß der Leichtsinn des Entleihers eine Charaktereigenschaft bilden und eine gewisse Notorietät erlangt haben muß;

4) daß Noth und Leichtsinn, sowie der Umstand, daß sie dem Darleihensgeber bekannt waren, außer der Zusicherung übermäßiger Vortheile thatsächlich belegt und im Einzelnen bewiesen sein müssen;

5) daß das Erforderniß der verschleierten Zusicherung der Vortheile nach St.G.B. §. 533 Ziff. 1 nicht in der Täuschung des Entleihers, sondern nur in der unwahren Unterschiebung einer nicht vorhandenen Vertragsursache besteht;

6) daß die Täuschung des Entleihers (§. 533 Ziff. 2) wirklich eingetreten sein muß, und durch die gewählte Vertragsform nach dem Grade seiner Bildung und Einsicht leicht herbeigeführt werden konnte;

7) daß nicht der wirkliche Bezug der wucherischen Vortheile, sondern nur deren Zusicherung nothwendig ist.

II. Gewinnsüchtige Urkundenfälschung liegt auch dann vor, wenn der Fälscher die Realisirung der Ansprüche seiner Gläubiger nicht vereiteln, sondern nur hinausschieben wollte.

Entscheidungsgründe
zum oberhofgerichtlichen Urtheil vom 19. Juni 1858.

J. U. S.
gegen
Rektor Joh. Nep. Schmitt von Stettfeld, z. Z. in Carlsruhe, und Genossen,
wegen Wuchers.

Zum Thatbestande eines Wuchers im Sinne des §. 553 Ziff 1 des Str.Ges gehört ein belasteter Vertrag, bei welchem der eine Contrahent sich übermäßige Vortheile verschleiert und mittelst Benützung der ihm bekannten Noth oder des ihm bekannten Leichtsinnes seines Mitcontrahenten zusichern läßt.

Für die Bestimmung des Uebermaaßes der so bedungenen Vortheile besteht kein fester Maaßstab, die Beurtheilung dieser Frage hat sich vielmehr nach den Verhältnissen des einzelnen Falls zu richten und bei Darlei-

hen außer der Höhe des Zinsfußes — insbesondere auch das Risiko — in Betracht zu ziehen, welches ein Darleiher beim Mangel einer gehörigen Sicherheit für die Rückerstattung läuft, weil der Werth der Zusage des Schuldners um so geringer ist, je weniger Sicherheit er bietet.

Daß unter der mit Verschleierung der Vortheile bezweckten Täuschung nicht eine gegen den übervortheilten Schuldner, sondern eine gegen dritte Personen gerichtete zu verstehen ist, erhellt aus einer Vergleichung der Ziff. 1 mit der Ziff. 2 des §. 533 des St.Ges., und daß es schon an der bloßen Stipulation der Vortheile genügt, ergibt sich nicht allein aus den Worten des §. 533: „Wenn er sich die Vortheile zusichern ließ;“ sondern auch aus den Worten in § 534: „Zum Betrage des bezogenen oder beabsichtigten Gewinns.“

Zu den Fällen der Noth im Sinne des §. 533 sind nicht allein diejenigen zu rechnen, in welchen es sich um eine dringende und drückende Sorge für die Ernährung und Gesundheit des Anleihers und der Seinigen handelt, sondern auch solche, wobei es sich um Rettung von Vermögenstheilen, die sonst um allzu niederen Preis hinweggegeben werden müßten, oder um Zahlungen handelt, die der Anleiher ohne Gefährdung seiner bürgerlichen Stellung — ohne öffentliche Blosstellung seiner Ehre nicht verzögern kann —; eine Noth ist aber nicht schon dann vorhanden, wenn der Anleiher des Geldes zur Deckung von Schulden anderer Art bedarf, oder wenn er sich damit Vortheile zu verschaffen hofft, welche die mit der Geldaufnahme verbundenen Nachtheile neutralisiren würden, oder wenn er genügendes Vermögen besitzt, aber zu gewissen Ausgaben zu verwerthen nicht für angemessen findet.

Gleichwie die Noth, so muß auch der Leichtsinn, der den übervortheilten Contrahenten zum Vertragsabschlusse bewog, ein dem andern Contrahenten bekannter sein, demnach eine Charaktereigenschaft des ersteren bilden und schon eine gewisse Notorität erlangt haben.

Beide — die Noth und der Leichtsinn — müssen zur Herstellung des Wuchers speziell nachgewiesen sein, und können namentlich nicht schon aus der bloßen Bewilligung übermäßiger Vortheile abgeleitet werden, weil sonst ihre besondere Erwähnung im §. 533 des Str.Ges. ganz müßig wäre.

Beurtheilt man hiernach die vorliegenden Fälle, so erscheint die vom Hauptangeschuldigten Schmitt gegen das obergerichtliche Urtheil ergriffene Beschwerde theils begründet, theils unbegründet.

Begründet ist sie in Bezug auf seine Verurtheilung wegen Wuchers zum Nachtheil des großh. Rittmeisters N. N.; Abgesehen nämlich davon, daß es bei sehr vielen der mit demselben geschlossenen Geschäfte schon am Beweise eines übermäßigen Vortheils gebricht, daß sich insbesondere nicht ohne weiters unterstellen läßt, Rekurrent habe diejenigen Wechselbeträge, deren Beschaffung er in der Untersuchung nicht mehr nachweisen, oder deren Auszahlung er nicht noch durch besondere Urkunden belegen konnte, in der That nicht ausgezahlt, vielmehr als die ihm zugesicherte Provision behalten, so ist weder eine ihm bekannte Noth, noch ein ihm bekannter Leichtsinn des Entleihers nachgewiesen.

Letzterer behauptete, er habe über seine jeweilige ökonomische Lage dem Rekurrenten niemals eine Mittheilung gemacht, und gab nur bei zwei Anlehen — bei dem ersten und bei demjenigen vom 5. Januar 1856 — deren Veranlassung und zwar dahin an, daß er jenes wegen eines Pferdekaufs, dieses zur Ordnung seiner Geldangelegenheiten vor seinem Abzug nach N. abgeschlossen habe; seine Beweggründe zu den übrigen Anlehen wurden nicht ermittelt, wohl aber wurde von ihm selbst versichert, daß er sich niemals in einer so bedrängten Lage — wie Franz Jachmann behauptet hatte — befunden, vielmehr für Deckung verfallender Wechsel jeweils schon einige Wochen zuvor Sorge getragen habe. Wie hiernach die Untersuchung keine Nachweisung darüber geliefert hat, daß seine Geldaufnahmen durch eine dem Rekurrenten bekannte Noth veranlaßt waren, so entbehrt sie auch der Nachweisung, daß hier ein dem Rekurrenten bekannter Leichtsinn des Anleihers mißbraucht wurde; sein Alter und seine öffentliche Stellung lassen eine solche Charaktereigenschaft nicht vermuthen, und es sind darauf hinweisende Handlungen weder aus seinem damaligen, noch aus seinem früheren Lebenswandel dargethan. Deßhalb und da auch die Art der Verwendung der aufgenommenen Gelder nicht ermittelt — namentlich nicht hergestellt — wurde, daß dabei eine Verschwendung stattfand, da ferner Rittmeister N. N. bedeutende Revenüen aus seinen grundherrlichen Besitzungen zu beziehen hat, also denkbar ist, daß er sich der Hoffnung hingab, die — wenn auch unter lästigen Bedingungen eingegangenen — Verbindlichkeiten leicht nach und nach zu erfüllen, und daß er so die Vortheile oder Annehmlichkeiten, welche ihm der augenblickliche Besitz der

entliehenen Geldsummen gewährte, höher anschlug als den Betrag der Opfer, die beim Wiederersatz und beim Vollzug der besonderen außerordentlichen Bewilligungen an den Darleiher gebracht werden mußten; da endlich auch ein Vermögenszerfall nicht eintrat, so läßt sich der vom großh. Hofgericht unterstellte Leichtsinn nicht als dargethan, demnach der Thatbestand eines Wuchers im Sinne des §. 533 Ziff. 1 des St.-Ges. nicht als hergestellt ansehen.

Das Gleiche gilt bezüglich der vom Rekurrenten mit dem Hofsänger N. N. und mit dem Choristen N. N. abgeschlossenen Geschäfte — insoferne, als nicht entfernt ermittelt wurde, daß der durch einige Zeugenaussagen bestätigte Leichtsinn dieser beiden Anleiher dem Rekurrenten bekannt war.

Ebenso gebricht es am Thatbestand eines Wuchers bei des Rekurrenten Geschäften mit Aktuar N. N., Chorsänger N. N., Bergrath N. N., Feldwebel N. N., Hautboist N. N., Schneider N. N., Feldwebel N. N., Feldwebel N. N., Goldarbeiter N. N., Math. N. N. und Hornist N. N. und zwar schon deßhalb, weil nicht hergestellt ist, daß es ein wirklicher Nothstand war, welcher diese Personen zu ihrem Anlehen veranlaßte. Hinsichtlich desjenigen des Aktuar N. N. spricht die Vermuthung gegen einen Nothstand, da er eine durch Cession in Geld umzusetzende Schuld- und Pfandurkunde für einen Betrag von 300 fl. besaß. Das von Bergrath N. N. aufgenommene Geld war seiner Angabe nach nur zur Deckung von Schulden, die er beim Betrieb eines Bergbaues contrahirt hatte, dasjenige des Hautboisten N. N. zur Auslösung verpfändeter Kleider und das des Schneiders N. N. zur Ausführung einer Speculation — zur Anschaffung von Tuch für eine übernommene Lieferung von Kleidungsstücken — bestimmt; Goldarbeiter N. N. ferner wollte nach Behauptung des Franz Zachmann sein Anlehen zum Ankauf von Materialien für sein Geschäft verwenden, und Math. N. N. wollte — wie er selbst angibt — mit dem aufgenommenen Gelde Gerste kaufen; Hornist N. N. endlich sich Civilkleider anschaffen und eine Trompete bezahlen.

Bei dem Anlehen des Feldwebels N. N. kommt noch hinzu, daß der dem Rekurrenten zugesicherte Vortheil (*) nicht übermäßig erscheint, wenn man erwägt, daß die Rückzahlungstermine über Jahr und Tag hinausgerückt waren und daß Rekurrent die Gefahr lief, im Falle des Todes des Anleihers — eines Mannes im Alter von 60 Jahren — seine nicht gesicherte Forderung gänzlich einzubüßen. Das Gleiche ist der Fall bei den zwei letzten Darleihen, welche die Mitglieder der Familie N. N. ohne Stellung einer Sicherheit bei dem Rekurrenten aufnahmen und erst in einem Zeitraume von länger als 2 Jahren nach und nach zurückzuzahlen hatten, während der Vortheil, den sie dem Rekurrenten zusicherten, verhältnißmäßig weit geringer war, als derjenige, welcher sich Rekurrent sonst zu bedingen pflegte.

Wie hiernach bei den bisher erwähnten Geschäften nicht alle Merkmale eines Wuchers im Sinne des §. 533 Ziff. 1 des St.G. zusammentreffen, so ist auch der Thatbestand eines Wuchers im Sinne des §. 533 Ziff. 2 des St.G., den großh. Hofgericht bei einigen Anlehen des großh. Rittmeisters N. N. und bei den Anlehen des Hautboisten N. N., und des Conducteurs N. N. als vorhanden annahm, nicht hergestellt.

In diesen Fällen ist von den Beschädigten selbst nicht behauptet, daß sie hinsichtlich des eigentlichen Vertragsverhältnisses hintergangen worden seien, und durch das sonstige Ergebniß der Untersuchung nicht nachgewiesen, daß sie in jener Beziehung getäuscht wurden, indem dafür nur einige entfernte und zum Theil sehr unsichere Vermuthungsgründe sprechen, über welche Rekurrent nicht einmal constituirt wurde; noch weniger ist aber dargethan, daß der Grad der Einsicht jener Anleiher zu schwach gewesen sei, um das Verhältniß ihrer Verpflichtung zu der Gegenleistung des Darleihers nicht leicht ermessen zu können.

Wenn die Beschwerde des Rekurrenten insoweit begründet ist, so stellt sich dagegen im Uebrigen das hofgerichtliche Urtheil aus den ihm beigefügten Gründen als gerechtfertigt dar. Es kann namentlich keinem Zweifel unterliegen, daß die Vortheile, welche die betreffenden Anleiher nach ihrer mit den Angaben der Mittelspersonen übereinstimmenden Versicherung dem Rekurrenten zusichern mußten, indem sie einen — das wirkliche Darlehen übersteigenden — Betrag als Schuld verschrieben, durchweg übermäßig waren, zumal fast alle Anleiher eine solche Sicherheit boten, daß Rekurrent einen Verlust seiner Forderung nicht zu besorgen hatte.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Einstandskapitalien, welche ihm von den dem Militärstande angehörigen Anleihern zur Deckung seiner Forderung überwiesen wurden, keine vollständige Sicherheit gewährten, weil dieselben nicht cedirt oder in Beschlag genommen werden,

(*) Etwas mehr als 13 pCt. Zins.

können, so lange noch die Haftungsverbindlichkeit des Einstellers besteht, indessen gehört das Entgehen einer solchen Sicherheit immerhin nur zu den Ausnahmsfällen und überdies hatte Rekurrent sich regelmäßig noch eine weitere Sicherheit durch Stellung eines oder zweier Bürgen verschafft, wie dieses auch bei denjenigen seiner Schuldner der Fall war, welche Gehalte von der großh. Staats oder Hoftheatercasse bezogen. Daß es ein Nothstand war, welcher dieselben zur Aufnahme von Anleihen veranlaßte, erhellt aus ihren Angaben, die — schon an und für sich vollkommen glaubwürdig — meistens noch durch die Aussagen der beiden Mittelspersonen Bender und Zachmann bestätigt wurden, und daß dieser Nothstand dem Rekurrenten bekannt wurde, ergibt sich — soweit solches für ihn nicht schon mit Bestimmtheit aus den persönlichen Verhältnissen der Anleihesuchenden zu entnehmen war — theils aus den Angaben dieser, wornach sie selbst dem Rekurrenten die Beweggründe ihrer Geldaufnahme mittheilten, theils aus denen der Mittelspersonen, welche den Rekurrenten jeweils davon unterrichtet zu haben behaupten; der Umstand, daß manche der Anleiher — von der Voraussetzung ausgehend, der Rekurrent werde nicht ohne Einräumung außerordentlicher Vortheile auf das abzuschließende Geschäft eingehen — dessen Bedingungen selbst in Vorschlag brachten, kann nur als Strafminderungsgrund in Anschlag kommen, schließt aber den Thatbestand eines Wuchers keineswegs aus.

Indem Rekurrent sich hiernach bei Darleihen an 16 Personen übermäßige Vortheile in einem Gesammtbetrage von mehr als 800 fl. mittelst Benützung der ihm bekannten Noth der Anleiher zusichern ließ, hat er sich eines Wuchers im Sinne des § 533 Ziff. 1 des St.G. schuldig gemacht und nach §. 534 des St.G. eine Geldstrafe verwirkt, bei deren Ausmessung neben dem Betrage der übermäßigen Vortheile einerseits der Umstand in Anschlag kommt, daß Rekurrent den Wucher gewissermaßen gewerbsmäßig betrieb, und daß er in manchen Fällen seine Forderungen an die Geldsuchenden desto höher steigerte, je dringender ihre Noth wäre, während andererseits außer dem schon erwähnten Strafminderungsgrund in Betracht kommt, daß er von vielen seiner Schuldner den zugesagten Gewinn noch nicht bezogen hat, und daß sein Leumund im Uebrigen gut ist.

Was die Rekursbeschwerde des wegen Beihilfe zum Wucher verurtheilten Michael Bender und Franz Zachmann betrifft, so erscheint solche selbstverständlich insoweit begründet, als nach dem oben Erwähnten der Thatbestand eines Wuchers nicht hergestellt ist, unbegründet; dagegen in Bezug auf diejenigen Geschäfte, welche nach dem eben Angeführten als wucherische anzusehen sind, und die durch ihre Vermittlung zu Stande kamen.

Beide waren mit dem Wuchergeschäft des Hauptangeschuldigten vollkommen vertraut, wußten namentlich, welchen Uebervortheilungen die Geldsuchenden bei ihm unterworfen waren, machten dieselben sogar darauf aufmerksam, trugen ihm deren Anliegen vor, wirkten mitunter noch bei Abschluß der Verträge mit und ließen sich dann von den Anleihern für ihre Bemühung bezahlen.

Sie haben darnach den Wucher des Hauptangeschuldigten wissentlich befördert und sich deßhalb nach §. 134 des St.G. einer Beihilfe dazu — Zachmann zugleich nach §. 183 Ziff. 1 des St.G. eines Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen — schuldig gemacht. Bei Ausmessung der deßhalb gegen sie zu erkennenden Strafe kommt in Betracht, daß Bender bei 10, Zachmann bei nur 3 — aber bedeutenderen — Wuchergeschäften mitwirkte, daß jener sich bei allen gewissermaaßen noch besondere Gebühren von den Anleihern erpreßte, während dieser eine solche nur von Einem der Anleiher — Aktuar N. N. — erhob.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht der §§. 534. 177. 136. 187 und 159 Ziff. 2 und 162 des St.G. und — die Kosten anbelangend — nach Ansicht der §§. 351. 353 und 355 der St.Pr.O. wurde auf den Rekurs gegen das hinsichtlich des Wuchers ergangene hofgerichtliche Urtheil erkannt — wie geschehen.

Die Rekursbeschwerde des Franz Zachmann gegen seine Verurtheilung wegen Fälschung ist — insoweit sie die Schuldigerklärung betrifft — unbegründet, in Bezug auf das Maaß der erkannten Strafe aber gerechtfertigt.

Ob der Rekurrent eine Unterschlagung begangen, ob er insbesondere die Absicht hatte, die ihm von Kautz und Schuh anvertraut gewesenen Gelder denselben ohne Ersatz zu entziehen, ist für die vorliegende Frage unerheblich, weil auch aus seiner etwaigen Unterschlagung noch nicht mit Bestimmtheit zu folgern wäre, daß er die zwei Fälschungen zu dem Zwecke begangen habe, die Ansprüche des Kautz und Schuh gegen ihn zu entkräften, oder Rechtstitel gegen die Personen zu schaffen, deren Namen er mißbrauchte.

Sein Benehmen gegenüber jenen Beiden, die sofortige Anerkennung der Unächtheit der Urkunden und sein Be-

streben, beide Gläubiger auf andere Weise zufrieden zu stellen, lassen vielmehr darauf schließen, daß es ihm wirklich — wie er behauptet — nur darum zu thun war, auf ein paar Wochen Frist zu gewinnen, bis dahin entweder die Befriedigung der Gläubiger oder die Darlegung seines Zahlunvermögens hinauszuschieben.

Dadurch ist allerdings der Thatbestand einer Fälschung nicht ausgeschlossen, indem Refurrent mittelst Fertigung und Uebergabe der Urkunden an seine Gläubiger die Erhebung ihrer Rechtsansprüche immerhin aufzuhalten bezweckte; er erscheint aber keinenfalls in dem Maaße strafbar, als ob er Jene um den Betrag ihrer ganzen Forderung beschädigt hätte.

Ist hiernach das hofgerichtliche Urtheil in Bezug auf die Schuldigerklärung des Refurrenten nach §. 430 verglichen mit §. 423 des St.G. gerechtfertigt, so war dagegen das Maaß der gegen ihn ausgesprochenen Freiheits- und Geldstrafe herabzusetzen.

Aus diesen Gründen und — was die Verwandlung der Geldstrafen im Falle ihrer Unbeibringlichkeit in eine Freiheitsstrafe betrifft — nach Ansicht der §§. 162. 164. 165. 170 und ff. des St.G. wurde — wie geschehen — erkannt.

Zufolge dieser vielfach milderen Ansicht ermäßigte der oberste Gerichtshof die vom mittelrheinischen Hofgerichte mit 25,000 fl. gegen Schmitt, mit 1500 fl. gegen Zachmann und mit 1200 fl. gegen Bender erkannten Geldstrafen auf 4000 fl., 100 fl. und 150 fl.

Von dem Umfange dieser Untersuchung mag man sich dadurch einen Begriff machen, daß die Uebersicht des hofgerichtlichen Referenten 150 enggeschriebene Aktenseiten anfüllt, und so ergab sich in dieser cause celèbre Gelegenheit, alle möglichen Fragen aus unserer Strafgesetzgebung über Wucher zu erörtern. Daher wird es sich rechtfertigen, wenn wir im Folgenden die Begründung der strengeren Auffassung des mittelrheinischen Hofgerichts mittheilen.

Auszug
aus den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen.

Die Ziff. 1 des §. 533 des St.G.B. verlangt, daß der des Wuchers Angeschuldigte die ihm bekannte Noth, oder den ihm bekannten Leichtsinn des Anderen zu dessen Uebervortheilung benützt, und daß er sich die bedungenen wucherischen Vortheile in der Vertragsurkunde verschleiert habe zusichern lassen.

Zu den Fällen der Noth sind nicht blos diejenigen zu zählen, in welchen die Anleihesuchenden Mangel an unentbehrlichen Lebensbedürfnissen leiden, mag dieser Mangel ein bleibender, oder ein mehr vorübergehender sein, sondern auch alle jene, in welchen die Bedürftigen nicht ohne erhebliche Gefährdung ihres Erwerbszweiges, ihres Berufes, ihrer bürgerlichen Stellung gewissen Verbindlichkeiten sich entziehen, gewisse Ausgaben vermeiden können.

Hierher gehört namentlich, wenn die Anleiher des Geldes bedurften zur Erhaltung von Gewerbs- oder Fabrikanlagen, oder zur Zahlung von Schulden, weil in Militär- oder anderen öffentlichen oder in Hofdiensten stehend, und darum Strafgesetzen oder doch einer strengeren Beaufsichtigung wegen Schuldenmachens unterworfen, nicht ohne Gefahr für ihre Standesehre oder Berufsstellung hätten unberichtigt lassen können. Hiernach besteht zwischen der zu hebenden Noth des Anleihers, und den von ihm dem Darleiher zu gewährenden Vortheilen das Verhältniß vom Zweck zu den Mitteln, der Art, daß jener zur Abwendung eines ihm drohenden Nachtheils diesem sogar übermäßige Vortheile zusichern muß; diese Uebermäßigkeit drückt daher kein Mißverhältniß zwischen Mitteln und Zweck auf Seiten des Anleihers, sondern auf Seiten des Darleihers aus. An diesen Satz knüpft sich nun leicht der Begriff des vom Gesetze alternativ der Noth gleichgestellten Leichtsinns des Anleihers: wenn das bezeichnete Mißverhältniß auch auf Seiten des Anleihers vorhanden ist, so handelt dieser im Leichtsinn; näher: wenn der Anleiher dem Darleiher übermäßige Vortheile bewilligt, ohne des Darlehens weder zur Abwendung eines wirklichen Nachtheils, noch zur Ausführung eines nicht als schwindelhaft erscheinenden, auf Gewinn berechneten, Unternehmens zu bedürfen, wenn er daher das Darlehen nur zu eingebildeten Bedürfnissen, zu Schwindeleihen oder Genüssen sucht, so kann die Möglichkeit solchen Handelns nur im Leichtsinn, ja nach Umständen in der Gewissenlosigkeit des Anleihers gefunden werden. Der Leichtsinn kann sich auf den einzelnen Fall beschränken, wie auch die Noth nur auf Erfüllung einer einzelnen Verbindlichkeit Bezug haben kann, aber damit werden weder jener noch diese im Sinne des Strafgesetzes und auch im Verständniß des täglichen Lebens aufgehoben

Die Ziff. 1 des §. 533 des St.G.B. verlangt endlich noch, daß sich der Darleiher die bedungenen übermäßigen

Vortheile in der Vertragsurkunde **verschleiert** habe zusichern lassen. Dieser Fall liegt vor, wenn der Angeschuldigte für eine ausgedrückte, aber in Wahrheit nicht stattgefundene Leistung sich eine entsprechende Gegenleistung hat zusichern lassen.

Dies that der Angeschuldigte regelmäßig in der Art, daß er sich den Baarempfang einer größeren Summe als er selbst gegeben hatte, zur Zurückerstattung verschreiben, oder sich eine Vergütung für Unkosten oder Provisionen oder Gebühren und dergl. versprechen ließ, ohne daß er in Wahrheit Kosten gehabt, eine nicht schon mit Festsetzung des höchsten gesetzlichen Zinsfußes reichlich belohnte Thätigkeit aufgewendet hatte.

In allen diesen Fällen hat sich der Angeschuldigte die Vortheile nicht als solche für seine wirkliche Leistung, sondern unter dem Schleier einer erdichteten Leistung bedungen. Eine weitere verwickeltere Verdeckung der Vortheile bezeichnet dieses Merkmal nicht.

Auch hier gilt übrigens der Satz, daß wenn die verschleiert zugesicherten Vortheile, zwar nicht für sich allein schon, wohl aber in Verbindung mit den offen bedungenen Vortheilen, als übermäßige im Verhältniß zur wirklichen Leistung des Angeschuldigten erscheinen, gleichwohl wucherische Vortheile vorliegen; denn es nehmen die letzteren Vortheile mit den ersteren die gedachte Eigenschaft an, weil jene wie diese nur unter dem Schleier der unwahren Leistung als gesetzliche erscheinen.

Der §. 533 des St.G.B. bezeichnet unter Ziff 2 einen weiteren Fall des Wuchers, dessen Voraussetzungen bei sehr vielen der Verträge, welche Gegenstand der Untersuchung geworden sind, mit denen der Ziff. 1 ebendas. zusammentreffen.

Wegen Wuchers soll nämlich nach jener Gesetzesstelle weiter bestraft werden, wer sich übermäßige Vortheile bedingt, und, um den Andern zu **täuschen**, den Vertrag so **einkleidete**, daß derselbe daraus das **wahre** Verhältniß seiner **Leistung** zur Gegenleistung nicht erkannte, und nach dem **Grade** seiner Einsichten nicht leicht erkennen **konnte**.

Die Leute, an welche der Angeschuldigte die Darlehen gab, hatten, sehr wenige Ausnahmen abgerechnet, weder die Fähigkeit überhaupt, noch auch die Fertigkeit, daß sie das Verhältniß ihrer Zusagen zu den Leistungen Schmitts hätten erkennen können.

Dies gilt nicht nur von den Fällen, in welchen der Angeschuldigte das Darlehen und die darauf bezüglichen späteren Verträge, wie z. B. Verlängerung von Zahlungsfristen, in die Form von Wechselgeschäften kleidete, wornach die Anleiher eigene Wechsel ausstellten, deren Nennwerth sie ohne Unterscheidung der verschiedenen darin begriffenen Summen als „baar empfangen" bescheinigten, sondern auch von denjenigen, in welchen der Angeschuldigte (ohne, oder neben eigenen Wechseln der Anleiher) zur Erlangung der gewünschten Vortheile Vertragsformen für diese wählte, welche mit dem Wesen eben dieser Vortheile nichts gemein hatten.

Hierher gehört namentlich, wenn sich der Angeschuldigte die Vortheile in der Form der Rückerstattung eines verzinslichen oder unverzinslichen Darlehens, oder der Vergütung für Kosten oder aufgewandte Mühe und Arbeit (Provision) zusichern ließ; die dem Gegenstande ursprüngliche Form wurde hier überall in eine demselben an sich fremde, willkürliche Form verwandelt; die Vortheile Schmitts wurden daher in eine Form gekleidet, aus welcher ihr Wesen, ihre Wahrheit nicht mehr erkennbar war.

Damit erhielt aber zugleich derjenige Theil des Vertrags, welcher, für sich allein betrachtet, die seinem Gegenstande angemessene Form hatte, falsche scheinvolle Beziehungen; die Wahrheit selbst, entstellt durch ihre Vereinigung mit dem Unwahren, mußte zum Schein werden, wie verkleidet zur Täuschung dienen; denn kein Theil des Vertrages, namentlich wenn das Verhältniß der ganzen Leistung des Darleihers zu der Gesammtgegenleistung des Anleihers in Frage kommt, bestand für sich allein, und der Charakter, welcher der Beziehung der einzelnen Theile untereinander von einem Theile gegeben wurde, war auch dem anderen nothwendig.

Die Ermittelung der Wahrheit dieser Beziehung, dieses Verhältnisses war aber öfter sehr schwierig, ja unmöglich in der kurzen Zeit die etwa den Anleihern dazu gegönnt war. Dieselben mögen wohl gewußt haben, daß sie höhere als gesetzliche Zinsen versprachen, sie mögen sogar geahnt haben, daß sie übermäßige Vortheile zusagten, das wahre Verhältniß aber erkannten sie nicht, und konnten es nach dem Grade ihrer Einsicht schon darum nicht erkennen, weil es ihnen nur durch Ausrechnung des Verhältnisses der zugesagten Vortheile (über deren Art und Größe für sich betrachtet sie zudem meist nur eine zweifelhafte, ungenügende Kenntniß hatten), zu dem gesetzlichen Zinsfuße hätte klar werden können, sie zu dieser Rechnung aber weder Geschick noch Fähigkeit besaßen. Die Darstellung der einzelnen Wucherfälle wird

endlich vollständig den Beweis liefern, daß dem Angeschuldigten recht wohl die Absicht zugetraut werden kann, durch die Einkleidung der Verträge in gedachter Weise, die Anleiher über das wahre Verhältniß der Leistung zur Gegenleistung zu täuschen.

Auf einer gleichen principiellen Verschiedenheit der Ansichten über das Erforderniß der Noth beruht das ganz freisprechende oberhofgerichtliche Urtheil vom 4. Oktober l. J. I.U.S. gegen Heinrich Gärtner von Weiher, wegen Wuchers aus dessen Entscheidungsgründen wir daher nur als Beleg Folgendes mittheilen:

„Der Rekurrent beschwert sich gegen das hofgerichtliche Strafurtheil unter Anderm aus dem Grunde, weil es an dem gesetzlichen Merkmale des Verbrechens des Wuchers fehle, daß die Beschädigten sich im Zustande der Noth befunden hätten, welchen Rekurrent zu ihrer Uebervortheilung benützt habe, und es muß der eingelegte Rekurs in dieser Beziehung auch für begründet erachtet werden.

Der §. 533 des St.G.B., der vom Verbrechen des Wuchers handelt, verlangt, soweit das Gesetz auf den vorwürfigen Fall Anwendung erleidet, und vom Strafrichter angewendet wurde — zum Thatbestande derselben die Thatsache, daß der Entleiher sich in Noth befinde, die der Darleiher zur Ausbedingung übermäßiger Vortheile ausbeute. — Wenn hiernach das Gesetz — bezüglich auf den Darleiher — nicht in jeder Ausbedingung übermäßiger Vortheile eine als Wucher strafbare Handlung erblickt, vielmehr nur in jener Ausbedingung, die durch die Noth des Entleihers ermöglicht und herbeigeführt wurde, so hat dasselbe andererseits bezüglich des Entleihers nicht jede Geldbedürftigkeit, sondern solche Umstände im Auge, die in Wirklichkeit oder doch nach der Meinung des Entleihers so drängend und gebieterisch sind, daß dieser sich den Anforderungen des Darleihers fügen muß oder fügen zu müssen glaubt, um in den Besitz des Geldes zu gelangen, dessen er bedarf.

Eine solche Noth im Sinne des Gesetzes liegt nun aber in keinem der im Strafurtheile namhaft gemachten Wucherfälle vor.

Was nämlich

1) den im Strafurtheil als Beschädigten aufgeführten Vitus Herrling betrifft, so war zunächst nicht dieser, sondern sein Sohn Andreas derjenige, der als Beschädigter in Betracht kommen könnte, denn er war es, der zwar für den Vater, der des Geldes bedurfte, aber selbstständig auf seinen Namen, auf sein Einstandscapital hin und unter Darstellung eines Bürgen das Darleihen von 50 fl. beim Rekurrenten aufnahm. Andreas Herrling bedurfte keines Geldes; dagegen soll Vitus Herrling Geld nothwendig gebraucht haben, zur Anschaffung von Feucht und Futter, da sein Verdienst als Mäkler damals gering war, und er nicht so viel Geld hatte, um jene Anschaffung ohne Geldaufnahme zu machen.

Vitus Herrling war damals nach seiner eigenen und des Gemeinderaths Erklärung im Besitze einer Kuh und eines Rindes, von 1½ Viertel Ackerland und ¼ Viertel Reben eigenthümlich, sodann von 1 Viertel 13 Ruthen Acker und 3 Viertel Wiesen Allmendgenuß, sowie von 4 Pachtstücken.

Wenn es nun auch glaubhaft ist, daß Vitus Herrling des Geldes bedurfte, so sprechen doch alle Umstände gegen die Annahme einer Noth zur Geldaufnahme unter so drückenden Bedingungen, wie dies geschehen, denn bei den gedachten Vermögensverhältnissen von Vater und Sohn darf mit Sicherheit angenommen werden, daß auf besagtes Grundbesitzthum und Einstandscapital hin und gegen die Sicherung durch besondere Bürgschaft das Darleihen auch bei Andern als dem Rekurrenten, und unter billigeren Bedingungen zu erlangen gewesen wäre, eine Annahme, die durch keinerlei entgegenstehende Momente als beseitigt erscheint.

Daß die in Frage stehenden Grundsätze bereits zu einer feststehenden Praxis des obersten Gerichtshofes geworden sind, ergibt sich aus nachstehenden, ihrer prägnanten Kürze wegen vollständig aufgenommenen Entscheidungsgründen zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile I.U.S. gegen Jakob Kautz und Genossen von Carlsruhe wegen Wuchers.

„Zum Thatbestand eines Wuchergeschäftes im Sinne des §. 533 Ziff. 1 des St.G. gehört, daß der Contrahent, welcher die übermäßigen Vortheile verschleiert zusicherte, das Geschäft nur aus Noth oder aus Leichtsinn einging, und daß seine Noth oder sein Leichtsinn dem andern Contrahenten bekannt war.

Die vorliegende Untersuchung hat nun hinsichtlich keines der Darlehensgeschäfte, welche von großh. Hofgerichte

für wucherische angesehen wurden — mit Ausnahme des vom Rekurrenten Schuh mit der Ehefrau Marquardt abgeschlossenen — ergeben, daß die Entleiher sich in einer solchen Noth, wie sie das Gesetz unterstellt, befanden, oder daß Leichtsinn die Veranlassung zu ihrer Geldaufnahme war; noch weniger hat sie hergestellt, daß die Darleiher vom Nothstand oder Leichtsinn Kenntniß hatten.

Es geben nämlich die Anleiher als Motiv ihrer Geldaufnahme nur folgendes an:

Theaterinspicient N. N. in Bezug auf seine Anlehen bei Kautz, Morlock, Schuh, Rapp und Hall: „er habe Gläubiger, namentlich Auswärtige, zu befriedigen, auch die Kosten seines Umzugs zu decken gehabt," ferner: „er habe, zumal beim Herannahen des Winters, Geld zur häuslichen Einrichtung bedurft," und „er sei in Geldverlegenheit gewesen."

Souffleur N. N. hinsichtlich seiner Anlehen bei Kautz, Morlock und Rapp: „sein Gehalt sei zur Bestreitung seiner Lebensbedürfnisse unzureichend gewesen, und er habe noch auswärtige Gläubiger zu befriedigen gehabt," dann: „er sei in Geldverlegenheit gewesen."

Chorsänger N. N. in Bezug auf seine Anlehen bei Kautz, Morlock und Schuh: „er sei in dringender Geldverlegenheit gewesen," und „er habe ältere Schulden decken müssen."

Chorsänger N. N. bezüglich seiner Anlehen bei Kautz und Schuh: „er sei in Geldverlegenheit gewesen, ferner: „er, der nur einen Gehalt von 450 fl. beziehe, und eine Verlobte mit 3 Kindern habe, sei wegen dringender Bedürfnisse in der Lage gewesen, Geld aufnehmen zu müssen."

Kapellmeister N. N. hinsichtlich seiner zwei Anlehen bei Kautz: „er habe die Schuld bei Chandouet abtragen müssen," und „er habe für seine Familie nothwendig Geld gebraucht."

Hoffänger N. N.: „er habe das Geld bei Kautz zur Deckung auswärtiger, aus früherer Zeit herrührender Schulden geliehen."

Chorsänger N. N.: „er habe des bei Kautz aufgenommenen Geldes zur Deckung von Schulden und zur Bestreitung seines und seiner Familie Unterhalts bedurft."

Hofmusikus N. N. in Bezug auf sein Anlehen bei Rapp: „er sei des Geldes benöthigt gewesen."

Revisor N. N. endlich gab gar keinen Grund für seine Geldaufnahme bei Hall an.

Abgesehen nun davon, daß die Untersuchung keine Erhebungen über die Richtigkeit jener Angaben der Entleiher gemacht hat, entbehren dieselben auch jeder nähern thatsächlichen Begründung, so daß sich daraus nicht erkennen läßt, ob wirklich eine Noth im Sinne des Gesetzes vorlag, ob insbesondere die Anleiher durch ihre Geldaufnahmen einen Mangel an unentbehrlichen Lebensbedürfnissen zu heben suchten, oder ob damit solche Schulden gedeckt werden sollten, deren Tilgung sie nur mit Gefährdung ihrer bürgerlichen Stellung oder mit Blosstellung ihrer Ehre verzögern konnten.

Noch weniger hat die Untersuchung einen sichern Anhaltspunkt für die Unterstellung ergeben, daß es Leichtsinn gewesen, in welchem sich die Anleiher oder ein Theil derselben zu den Geldaufnahmen hätten bestimmen lassen.

Wollte man auch der Aussage des Zeugen Bregenzer, wornach Hoffänger N. N. in Geldangelegenheiten sehr leichtsinnig sein soll, Gewicht beilegen, obgleich N. N. selbst behauptet, daß er das Anlehen zur Deckung früherer Schulden gemacht habe, so ist doch in keiner Weise festgestellt, daß jener Leichtsinn dem Darleiher Kautz bekannt war.

Da hiernach der Thatbestand eines Wuchers bei den Anlehen der vorgenannten Personen nicht vollständig hergestellt ist, erscheint die Beschwerde, welche J. Kautz, H. Morlock, K. Rapp, J. Hall und Fr. Zachmann gegen das hofgerichtliche Urtheil ergriffen haben, und diejenige des J. Schuh gegen seine Verurtheilung wegen Wuchers zum Nachtheil des Theaterinspicienten N. N., sowie der Chorsänger N. N. gerechtfertigt.

Unbegründet ist dagegen die Beschwerde dieses Rekurrenten in Bezug auf seine Verurtheilung wegen Wuchers zum Nachtheil der Ehefrau Marquardt, welche Geld zur Auslösung ihrer auf dem Leihhause verpfändeten und mit Versteigerung bedrohten Fahrnisse, — also zur Abwendung eines für sie ohne Zweifel sehr erheblichen Verlustes, — bedurfte und deßhalb unter Bürgschaft des Sattlers Jenner 17 fl. beim Rekurrenten entlieh, ihm aber dafür, obgleich sie, wie er nicht bestreitet und von Milchhändler Schmitt bestätigt wird, ihre bedrängte Lage vorgestellt hatte, 20 fl. zu 5 pCt. verzinslich und in monatlichen Zielern von je 4 fl. rückzahlbar verschreiben mußte, — somit in einem auch ihm bekannten Nothstand einen offenbar übermäßigen Vortheil verschleiert zusicherte 2c.

K.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 45.**

I.

Ueber die actio finium regundorum nach badischem Landrechte.

I. Die Grenzen zweier benachbarter Grundstücke können:

1) zwischen den Eigenthümern unbestritten, aber nicht bezeichnet,

2) nicht oder nicht richtig bezeichnet, zugleich auch unbekannt sein, so daß keiner der Anlieger die wahren Grenzen angeben kann — Grenzverwirrung —;

3) sie können aber auch — bezeichnet oder unbezeichnet — in der Weise bestritten sein, daß jeder Anlieger eine bestimmte von der Angabe des Andern abweichende Grenze angibt — Grenzirrung.

Im gemeinen Rechte — wo übrigens große Meinungsverschiedenheit unter den Rechtslehrern herrscht — bezeichnet man die beiden letztern Fälle als Grenzstreitigkeiten, welche mit der actio finium regundorum und zwar der erstere mit der actio finium regundorum simplex, der letztere mit der sog. actio finium regundorum qualificata geschlichtet werden sollen.

Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts II. Bd. § 187.

Zeitschrift von Linde und Marezoll, Bd. 13 S. 85 ff., Bd. 17 S. 426 ff.

v. Vangerow, Leitfaden §. 658.

Sieht man von den einzelnen Controversen ab, so ist zunächst sehr erheblich, daß die Römer frühe schon die controversia de fine und die controversia de loco scharf von einander getrennt haben, wobei sie die letztere der rei vindicatio ziemlich nahe brachten. Jedenfalls steht der dritte der obigen Fälle materiell der rei vindicatio insofern gleich, als es sich dabei immer um einen Streit über das Eigenthum an einem Theile eines Grundstückes handeln wird.

Nimmt man die herrschende, auch von Vangerow vertheidigte gemeinrechtliche Theorie als richtig an, wornach wegen einer solchen Grenzirrung die actio finium regundorum zulässig ist: so bestehen im Wesentlichen zwischen dieser und der rei vindicatio folgende Unterschiede:

a) Die actio finium regundorum ist actio duplex und mixta.

b) Es wird durch gerichtliche Adjudication als Eigenthum begründet.

c) Die Usukapion ist zwar ausgeschlossen, dagegen die Berufung auf die dreißigjährige Verjährung zulässig.

Unterholzner, Verjährung, Bd. I. S. 181 ff.

d) Die actio finium regundorum ist nur bei Grundstücken, nicht bei Gebäuden möglich.

e) Nicht nur der Eigenthümer, sondern auch der Nutznießer, Emphyteuta, Pfandgläubiger können beim judicium divisorium auftreten.

f) Der Richter kann sogar die alten Grenzen verlassen und mit Schadloshaltung beider Theile neue, zweckmäßigere ziehen.

g) Während bei der rei vindicatio der malae fidei possessor hinsichtlich der Zeit vor der Litiscontestatio die fructus consumtos, überhaupt alle Früchte ersetzen muß, welche der Kläger hätte ziehen können: so können die consumirten nur vermittelst einer condictio nicht mit der actio finium regundorum vom malae fidei possessor erlangt werden.

II. Es ist nun eine gewiß nicht unwichtige Frage, ob und mit welchen Eigenheiten in unserem Landrechte eine solche Klage für Grenzstreitigkeiten anzunehmen ist.

Das Gesetzbuch, das übrigens überhaupt keine Theorie der Klagen aufstellt, enthält nur drei Bestimmungen über Grenzen, nämlich L.R.S. 646, 1370 und 2241 a.

Die Zulässigkeit der actio finium regundorum im Sinne des römischen Rechtes wird übrigens in der Wissenschaft vertheidigt:

Zachariä, II. Bd. §. 238 Note 6.
Toullier, III. 175 ff.
Duranton, III. 256 ff. No 245.
Delvincourt, cours de droit civil ad art. 646.
Brauer, Erläuterungen zu S. 646 Bd. V. §. 577. Bd. IV. S. 309—311.
Blätter für Justiz und Verwaltung II. S. 303—317.
Jahrb. des großh. Oberhofger. N. F. V. (1838/39) S. 580—581.

Die Mehrzahl dieser Ausführungen leidet an dem gewöhnlichen Fehler, der begangen wird, wenn man den Code aus dem gemeinen, beziehungsweise römischen Rechte erläutern, oder durch dasselbe ergänzen will; man untersuchte nicht genau, welche Sätze des römischen Rechts eine spezielle historische oder besondere dogmatische Grundlage haben, und deßhalb nicht aus der rechtlichen Natur eines Rechtsinstitutes selbst sich herleiten lassen, welche daher auch in ein anderes Rechtssystem ohne die gleiche eigenthümliche historische Voraussetzung nicht übertragen werden können.

Was nun die römische actio finium regundorum betrifft, so ist zu erwägen:

1) In prozessualischer Hinsicht, daß die in der formula vorkommende adjudicatio

Gajus IV. §. 42,

eine Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses, und nach unserem Land- und Prozeßrechte nicht mehr denkbar ist.

Der römische Richter konnte nämlich hierdurch angewiesen werden, Eigenthum und dingliche Rechte, sofern er es bei einem Theilungsprozeß für zweckmäßig erachtete, zu bestellen.

Heutzutage kann der Richter in keinem Falle Rechte constituiren, sein Ausspruch kann nur declarativ sein. So ist z. B. unbestritten, daß Nießbrauch, oder eine andere Servitut in Folge eines Erbtheilungsstreites (judicium familiae herciscundae) bei uns nicht begründet werden können.

L.R.S. 883. 827. 1686.
Toullier, III. 391.

Ferner ist es eine prozessualische Eigenthümlichkeit, daß hier der Richter auch thätig werden soll, obgleich der Kläger einen bestimmten Anspruch, der streitig ist, gar nicht vortragen kann; daß hier ferner der Richter Grenzen aufsuchen, dabei theilweise nach „Grundsätzen der praktischen Geometrie" nach „billigem Ermessen" mit Hülfe von Sachverständigen verfahren soll.

l. 2 §. 1. l. 3. l. 7. l. 8 §. 1. D. X. 1. §. 20. Inst de act.

Derartiges Verfahren kennen das badische Landrecht und die Prozeßordnung nicht.

Bei den Römern entwickelt es sich aus dem Institute der arbitri, beruht auf der von Vangerow aus Cicero angeführten Bestimmung der 12 Tafeln und der lex Mamilia.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 10 S. 343 ff.

2) Civilrechtlich läßt sich die römische actio finium regundorum mit logischer Nothwendigkeit aus keinem Rechtsinstitute herleiten; das Eigenthum findet seinen genügenden petitorischen Schutz in der rei vindicatio.

Wenn die actio finium regundorum in l. 1 D. X. 1 und in §. 20 inst. de act. als ein Surrogat der rei vindicatio bezeichnet wird: so bedurfte es eben dieser besonderen Gesetze, welche eine actio mixta, — während das dingliche Recht auch nur eine dingliche Klage erzeugen konnte, die nur der Eigenthümer, nicht aber auch blos dinglich oder obligatorisch Berechtigte anzustellen, befugt sind, — einführten.

Die Aehnlichkeit der Verhältnisse der Grenznachbarn mit denen der Miteigenthümer veranlaßte diese Nachbildung der actio finium regundorum nach den beiden andern Theilungsklagen, d. h. die Annahme einer quasi obligatio unter Grenznachbarn.

Mackeldey, Lehrb. d. röm. Rechts. §. 462 a. E, §. 464. 465 a. E.

Es enthält also die römische actio finium regundorum in prozessualischer und civilrechtlicher Hinsicht Besonderheiten; sie beruht weder auf der rechtlichen Natur des Eigenthums, noch läßt sie sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herleiten.

III. Das badische Gesetzbuch enthält, wie bereits angeführt, keine besonderen Erörterungen über die zum Schutze eines Rechtsverhältnisses dienenden Klagen.

Häufig wird hierwegen die irrige Behauptung aufgestellt, daß es im neuern Rechte gar nicht mehr darauf

ankomme, welche Klage erhoben werde, daß die Anführung rechtserzeugender Thatsachen genüge. Diese Ansicht beruht vor Allem auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts.

Wenn der römische Prozeß auch eine eigentliche historische Entwicklung und in Folge hievon das Civilrecht selbst mannigfach beherrscht und gestaltet hat, so ist doch im römischen Prozesse der Scharfsinn zu bewundern, mit dem die bei einer Klage wichtigen Fragen nach den rechten Parteien, nach Fundament, Beweislast, Haupt- und Nebenzwecken ganz genau aus der Natur des Rechtsverhältnisses entnommen wurden, zu dessen Schutze die Klage dienen sollte; — so daß eigentlich nicht der Name der Klage, sondern das Rechtsverhältniß, aus dem sie entsprang, das Entscheidende war. —

So sehr es aber bei den Römern galt, daß jeder Klage ein civilrechtliches Verhältniß zu Grunde liegen mußte, so sehr es darauf ankam, in welcher Richtung man ein Recht verfolgen, d. h. welche der aus ihm möglichen Klagen man wählen wollte; ebensosehr muß dies auch nothwendig im badischen Rechte erheblich sein. —

Die Klagen sind keine besondern Institute, sondern folgen aus einem civilrechtlichen Verhältnisse, nachdem sie in den oben angedeuteten Beziehungen sich richten und gestalten müssen. —

Wo kein Rechtsverhältniß unmittelbar oder mittelbar besteht, kann es auch keine Klage geben, und umgekehrt muß jedes civilrechtliche Verhältniß, dem nicht ausdrücklich die Klagbarkeit gesetzlich entzogen ist, eine Klage erzeugen.

Die Frage, welche Klage erhoben werde, ist daher identisch mit den beiden Fragen, welches Recht und in welcher Richtung soll es verfolgt werden? —

Diese beiden Fragen sind auch bei uns entscheidend. Ob Jemand sein Eigenthum mit einer ihm etwa zustehenden Vertrags- oder mit einer dinglichen Klage vom Besitzer begehrt, muß bei uns nicht minder erheblich und auf den nothwendigen Inhalt einer Klage von keinem geringern Einflusse sein als bei den Römern. —

Zerlegt man nun die Bestimmungen über die actio finium regundorum, so ergibt sich, daß dieselbe hinsichtlich des Verfahrens prozessualischer, hinsichtlich des Zweckes aber auch civilrechtlicher Art sind, indem sie in letzterer Hinsicht einmal die rein obligatorischen Ansprüche der Grenznachbaren, dann aber auch die materielle Art und Weise festsetzen, wie die streitigen Grenzen aufgefunden und bestimmt werden sollten.

Aus letzterm lassen sich wohl die erstern, nicht aber umgekehrt diese aus jenen herleiten.

Wenn daher auch das badische Landrecht keine Bestimmungen über Grenzklagen hat, so müßten doch, um eine der römischen Klage ähnliche annehmen zu können, die Grundsätze über Eigenthum und Verbindlichkeiten aus dem Gesetze eine solche begründen. —

IV. Betrachtet man die Aussprüche des Gesetzes, die zunächst die hier erörterte Frage behandeln, so normirt:

1) L.R.S. 646 den ersten der im Eingange l. 1. zusammengestellten Fälle. Das gemeine Recht schweigt hierüber, das badische Recht betrachtet es als eine Dienstbarkeit aus der Lage der Orte, daß der Eigenthümer von seinem Grenznachbar fordern kann, daß die aneinander stoßenden Grundstücke durch Grenzmale ausgeschieden werden. —

Diese Grenzbezeichnungsklage (action en bornage) kann hier, eben, weil sie mit der actio finium regundorum nichts gemein hat, übergangen werden. —

Merlin, sub voc. bornage.

Marcadé, ad art. 646.

Demolombe, tome XI. §. 239–282.

Wenn nun die bereits oben angeführten Schriftsteller, namentlich auch Brauer und Zachariä es als selbstverständlich ansehen, daß der Grenznachbar auch die Berichtigung der Grenzen verlangen könne, daher auch die actio finium regundorum habe, so kann zwar zugestanden werden, daß es jedenfalls einen Rechtsanspruch auf Berichtigung der Grenzen geben muß. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß dieses Recht auch mit einer gleichen Klage, wie der gemeinrechtlichen actio finium regundorum verwirklicht werden kann. Dieser Schluß von der Grenzbezeichnungsklage, mit welcher keinerlei Eigenthum, keinerlei obligatorische Ansprüche verfolgt werden, welche eine Klage aus einer in unserm Rechte besonders eingeführten, dem gemeinen Rechte fremden Dienstbarkeit ist, auf eine Klage, mit der auf singuläre Weise Eigenthum und obligatorische Ansprüche in einem abweichenden prozessualischen Verfahren auf den Grund einer der Theilungsklagen nachgebildeten Verbindlichkeit geltend gemacht werden, ist offenbar unrichtig. —

2) L.R.S. 1370. Hier werden unter den Verbindlichkeiten, die durch die Bestimmung der Gesetze entstehen, jene unter Eigenthümern, die an einander grenzen, aufgeführt. Hieraus folgt aber, daß eben unter solchen Eigenthümern gerade nur die Verbindlichkeiten bestehen kön-

nen, welche die Gesetze als solche (abgesehen von Verträgen) anerkannt haben. — Diese Bestimmung beweist demnach für die oben vertheidigte Ansicht, daß besondere gesetzliche Regeln nothwendig sind, wenn man jene actio mixta mit einigen oder allen gemeinrechtlichen Besonderheiten im badischen Landrechte annehmen will. Solche Gesetze fehlen aber —

3) Wenn L.R.S. 2241 a neben der Klage auf Bezeichnung der Grenze noch die Klage auf Berichtigung derselben anführt; so folgt hieraus noch nicht einmal, daß es eine Klage auf Berichtigung der Grenzen gebe; denn L.R.S. 2241 a erwähnt eine solche nur, führt sie dagegen nicht ein; er setzt sie voraus, und man macht auch dem Urheber dieses Zusatzes nicht den Vorwurf einer irrigen Voraussetzung, wenn man annimmt, daß hier die gemeinrechtliche actio finium regundorum nicht gemeint ist. Es wird sich im Gegentheil später aus diesem Zusatze ergeben, daß diese hier unmöglich angenommen werden kann. —

V. Nachdem die im Gesetze vorhandenen Andeutungen über die Verhältnisse der Grenznachbaren, wie gezeigt, nicht nur über die actio finium regundorum schweigen, sondern sogar gegen die Annahme einer solchen im badischen Rechte sprechen, ist nur auf das Gesetzbuch überhaupt und auf die Natur der Theilungsklagen einzugehen. Bezüglich der oben I. unter 2 und 3 angegebenen Fälle, welche das eigentliche Gebiet der römischen actio finium regundorum ausmachen, stellt sich nun für uns die Frage in doppelter Weise:

1) Kann es eine prozessualische Thätigkeit eines Richters begründen, wenn Jemand ihm blos vorträgt, daß er mit seinem Nachbar über die wahren Grenzen bei deren Verwirrung uneinig, selbst aber nicht in der Lage sei, die richtigen Grenzen anzugeben und daher den Richter um deren Ermittlung bitten müsse?

2) Wenn Jemand vor dem Richter behauptet, daß die Grenzen zwischen seinem und des Nachbars Grundstücke verwirrt oder unrichtig seien, daß in Folge hievon der Nachbar einen Theil vom klägerischen Grund und Boden besitze, er daher um Feststellung, beziehungsweise Berichtigung der Grenzen in der Weise bitte, daß ihm der entzogene Grund und Boden zugeschieden werde, — sind hierauf die Regeln der gemeinrechtlichen actio finium regundorum anwendbar? —

Zu 1. leuchtet ein, daß hier alle Voraussetzungen einer Klage und folgeweise eines Rechtsstreites fehlen; es mangelt ein bestimmter streitiger Anspruch, ein bestimmtes Gesuch, (§. 279 Pr.O.) und, da auch kein Gesetz vorhanden ist, welches den Richter ermächtigt, ohne gedachte Vorbedingungen, gewissermaßen administrativ thätig zu werden, so kann auf die angegebene Weise kein Rechtsstreit entstehen. Der Richter wird auf einen Vortrag mit dem angegebenen Inhalte dem Kläger lediglich aufgeben, bestimmt sich zu erklären, welche Grenzen er in Anspruch nehme. — Sobald aber eine solche Erklärung vorliegt, steht man

bei Frage 2. In diesen Fällen handelt es sich unzweifelhaft um einen Eigenthumsanspruch; denn das ist ganz gleichgiltig, ob Jemand einen Theil seines Grundstücks oder das Ganze in Anspruch nimmt. — Da nun aber das Eigenthum nach seiner Natur nur die dingliche; die Eigenthumsklage erzeugt, da ein solches Surrogat für diese, wie die römische actio finium regundorum sich nicht aus dem Wesen des Eigenthums herleiten läßt, da auch keine gesetzliche Verbindlichkeit der Grenznachbaren ähnlich der im gemeinen Rechte bestehenden im Landrechte eingeführt ist (cf. L.R.S. 1370 und das oben hierwegen Gesagte), so würde nichts den Richter berechtigen, auf einen solchen Klagvortrag andere Grundsätze, als die der rei vindicatio anzuwenden. —

Es kann demnach von keiner Duplicität dieser Klage, keiner Adjudication, keiner abweichenden Verurtheilung zum Früchteersatze die Rede sein; es kann zu ihrer Anstellung nur der Eigenthümer für befugt angesehen werden, sie muß auch der gewöhnlichen Verjährung unterliegen und die Einrede der Ersitzung zulässig sein. — Es wäre wirklich nicht einzusehen, warum Derjenige fremdes Eigenthum soll ersitzen können, der es aus irgend einem für den Eigenthumserwerb ungenügenden Titel erworben hat, — derjenige aber nicht, der einen Theil desselben in Folge einer — von ihm vielleicht nicht verschuldeten — Grenzverwirrung oder Grenzirrung besitzt. — Auf solche Eigenthumsansprüche kann L.R.S. 2241 a nicht anwendbar sein. Gerade, weil hier die Verjährung bei der Klage auf Berichtigung der Grenzen ausgeschlossen ist, muß angenommen werden, daß die römische actio finium regundorum nicht gemeint ist; denn bei dieser ist ja nur die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung ausgeschlossen. —

Schon frühe erkannten die Römer, wie bereits hervorgehoben, den innern, wesentlichen Unterschied zwischen einer controversia de fine und einer controversia de loco,

und die Verordnung vom Jahre 385, welche auch bei letztern die Ersitzung aufhob, wurde schon im Jahre 392 beseitigt und der frühere Unterschied wieder hergestellt, so daß nur noch die controversia de fine „sine observatione temporis" entschieden werden sollte. —

Im justinianischen Rechte ist endlich nicht einmal mehr bei Grenzrainen die Verjährung ausgeschlossen.

Aus dem Gesagten folgt:

A. Ohne bestimmte Bezeichnung, wie die Grenzen hergestellt werden sollen, und ohne ein darauf gerichtetes Begehren, ist eine Klage und richterliche Thätigkeit nicht möglich.

B. Wenn aber Jemand mit einem bestimmten Begehren, welche vom Nachbar nicht anerkannten Grenzen gezogen werden sollen, auftritt: so liegt hier eine Eigenthumsklage vor, welche lediglich nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist, niemals aber nach Regeln der actio finium regundorum.

VI. Außer den seither erörterten Fällen ist aber noch denkbar, daß die Grenzen zweier Grundstücke verwirrt oder unrichtig bezeichnet, die Anlieger jedoch unter sich über die wahren Grenzen vollkommen einig sind, daß sich aber dennoch einer derselben weigert, die Berichtigung und richtige Bezeichnung mit seinem Nachbar vorzunehmen. — Wenn das Gesetz dem Eigenthümer das Recht einräumt, die Bezeichnung der Grenzen (L.R.S. 646) zu verlangen, so liegt hierin auch das Recht, die richtige Bezeichnung zu begehren. Es handelt sich in einem solchen Falle um kein bestrittenes Eigenthum, sondern nur um Berichtigung und richtige Ausscheidung unbestrittener Grenzen; — es muß also auch ganz nach Analogie des L.R.S. 646, ganz nach den über die Grenzbezeichnungsklage geltenden Grundsätzen auf Berichtigung der Grenzen in einem solchen Falle geklagt werden können. — Auf eine solche Klage kann auch, da kein bestrittener Rechtsanspruch, sondern nur eine Sache der freien Willkür oder bloßen Nachsicht vorliegt (L.R.S. 2232. 2232a), die Verjährung ebensowenig Anwendung finden, als auf die Grenzbezeichnungsklage. Es ist somit auch L.R.S. 2241a vollkommen gerechtfertigt, wenn man die dort unterstellte Klage auf Berichtigung der Grenzen als die so eben erörterte ansieht.

Nach der seitherigen Darstellung gibt es also im badischen Rechte nur:

1) Die Klage auf Bezeichnung der Grenzen nach L.R.S 646 und nach Analogie desselben.

2) Die Klage auf Berichtigung der Grenzen, wenn diese zwar verwirrt oder unrichtig bezeichnet, die Anlieger aber über die wahre Ausdehnung derselben einig sind.

Auch in diesen beiden Fällen muß der Kläger angeben, wie er die Grenzen berichtigt oder bezeichnet wissen will.

Sobald unter Anstößern aber ein Streit über die Grenzen selbst herrscht, hiernach das Eigenthum in Frage kommt, kann bei uns nur die Eigenthums-, oder unter Umständen, die Besitzklage angestellt werden.

Dr. Dreyer.*)

II.

1) Die hierlands bei Verträgen über Liegenschaftsveräußerungen übliche Clausel, daß für das Gütermaaß keine Gewähr geleistet wird, ist auch für die Contrahenten gültig, und beseitigt alle gesetzlichen Folgen des Mindermaaßes am Kaufgegenstande.

2) Steht diese Clausel in dem Grundbucheintrage, so kann der Gegenbeweis über eine andere Absicht der Contrahenten nicht durch Eideszuschiebung geführt werden.

Walter gegen Meißburger.

Unbestritten war, daß der Kläger dem Beklagten am 21. Oktober 1856 1¼ Tauen (Morgen) Wiesen für 1500 fl. abgekauft hat. Der Grundbuchseintrag vom 21. Oktober 1856 erwähnt im §. 1 der bereits geschehenen Zahlung und nach §. 2 wird für Gütermaaß nicht gewährt.

Gleichwohl verlangte der Käufer in der erhobenen Klage Zurückzahlung von 500 fl. und eventuell Auflösung des Kaufes und Rückgabe von Preis, resp. Waare, indem er diese Klage darauf stützt:

1) die Wiese habe in Wirklichkeit nur 1 Morgen Maaßgehalt und sei es

2) in der Absicht beider Contrahenten gelegen, 1¼ Morgen zu kaufen und zu verkaufen, was daraus hervorgehe, daß Beklagter die Wiesen im „Ortenauer Boten" vom 17. Oktober 1856 als 1¼

*) Referendar in Bruchsal.

Morgen haltend zum Verkaufe ausgeschrieben und dem Kläger, welcher ihn hierauf vor dem Kaufabschlusse gefragt habe, ob die Wiese wirklich 1½ Morgen halte, dieß mit „Ja" versichert und ihm mit dem Bemerken „sehen Sie der Flächeninhalt beträgt sogar noch 25 Ruthen mehr," eine Urkunde übergeben habe, welche eine Wiesenwässerungsquittung enthielt und das Maaß der Wiese zu 1 Morgen 225 Ruthen 40 Fuß angab.

Der Kläger wurde jedoch in beiden Instanzen abgewiesen.

Entscheidungsgründe
zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 14. Mai 1858.

Bezüglich des vom Verkäufer zu liefernden Maaßes bei Liegenschaftsverkäufen hat das Gesetz (L.R.S. 1617 bis 1623 ausdrückliche Bestimmungen getroffen. Es unterscheidet zwei Fälle: den Verkauf nach dem Maaße z. B. 100 Morgen, den Morgen zu 60 Gulden und diesem Falle entgegengesetzt alle übrigen Fälle, in welchen ein Grundstück, sei es auch mit Angabe des Maaßes, für einen Preis im Ganzen verkauft worden ist.

Inhaltlich des Grundbucheintrages vom 21. Oktober 1856 liegt hier der zweite dieser Fälle vor und könnte es zufolge L.R.S. 1619 keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger, welchem fragliche Wiese als 1½ Morgen haltend verkauft worden ist, während sie nur 1 Morgen 9□° 50□' enthält, verhältnißmäßige Minderung des Preises verlangen darf, die angestellte Klage daher insoferne in Rechten begründet und beziehungsweise durch die stattgehabte Expertise auch bewiesen wäre.

Dem steht nun aber der vom Beklagten gegenbeweislich angerufene §. 2 jenes Grundbucheintrages entgegen, wornach für das Gütermaaß nicht gewährt wird, der Kaufvertrag mithin nicht nur so, wie Kläger behauptet hatte, sondern in der Weise geschlossen wurde, daß dem Beklagten die Gewähr für das Maaß des Grundstückes erlassen worden ist; ein Fall, welcher am Schlusse des L.R.S. 1619 vorgesehen ist in den Worten: „jedoch darf ein anderes bedungen werden."

Die Absicht beider Contrahenten, welche den angegebenen Inhalt des No. 2 in den Vertrag aufgenommen haben, ist an sich so klar und bestimmt, daß man ihr keine andere Auslegung, als die oben gemachte, geben kann: die nach L.R.S. 1619 dem Käufer obliegende Verbindlichkeit zur Minderung des Preises für den Fall, daß der Anleiher um ¹⁄₂₀ im Maaße verletzt ist, sollte beseitigt werden, und es liegt insoferne die Sache gerade so, als ob in dem Vertrage ein Maaß des Grundstückes gar nicht angeführt worden wäre. Denn wenn der Verkäufer für kein Maaß haftet und dies ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen wird, so geht hieraus hervor, daß, wo gleichwohl das Maaß angeführt wurde, dies nicht als etwas Wesentliches, sondern nur als außerwesentlich von den Contrahenten betrachtet werden wollte, und betrachtet worden ist.

Die Worte des Gesetzes: „jedoch darf ein Anderes bedungen werden" nur dahin zu verstehen, daß das Minderungsrecht auch für den Fall bedungen werden könne, da das Fehlende weniger als ¹⁄₂₀ beträgt und mithin für den entgegengesetzten Fall es bei der Preisminderung des L.R.S. 1619 zu belassen, ungeachtet der Vertragsbestimmung, daß für das Maaß Gewähr nicht geleistet werde, würde dem Gesetze, welches sich allgemein (im Urtexte: „s'it n'y a stipulation contraire"), Zwang anthun heißen und nicht minder gegen die klare Vertragsbestimmung, als auch gegen den aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervorgehenden Willen des Gesetzgebers anstoßen, welcher, wie auch aus der Fassung des S. 1619 unzweideutig zu entnehmen, bezüglich der Preisminderung, beziehungsweise Preiserhöhung in Anbetracht, daß es Sache des Käufers nicht minder, als beziehungsweise des Verkäufers war, vor dem Vertragsabschlusse sich über den Maaßgehalt zu vergewissern, beide Theile gleichheitlich behandelt und somit, wenn der Käufer sich irrte, beziehungsweise sich über den Maaßgehalt keine Gewißheit verschaffte und auf das Geding der Nichtgewährung des Maaßes sich einließ, den deßfallsigen Schaden als selbstverschuldeten gerade so betrachtet, als umgekehrt den Schaden, welchen der Verkäufer dadurch erleidet, daß er in dem Vertrag die Bestimmung aufnehmen läßt, es habe Käufer für etwaiges Uebermaaß keine Vergütung zu leisten.

Vergl. Troplong, de la vente No. 341.

Hiernach und in Erwägung, daß die öffentliche Urkunde vom 21. Oktober 1856 das Vertragsverhältniß vollständig beweiset (L.R.S. 1319), ohne daß dagegen eine Eideszuschiebung, deren sich Kläger gegen den Beklagten über die vorausgehende oder gleichzeitige Zusicherung des Maaßgehaltes der fraglichen Wiese zu bedienen

suchte, zulässig ist (L.R.S. 1360 a. Pr.O. §. 526), sowie in weiterer Erwägung, daß die klägerische Behauptung, es sei der §. 2 des Vertrages nur in Folge langjähriger Uebung und um eine Gewähr des Gewährgerichts bezüglichen des Maaßes zu beseitigen, vom Rathschreiber ohne den Willen der Contrahenten aufgenommen, gänzlich unerheblich erscheint, da die Urkunde nicht wegen Falschheit angegriffen ist (L.R.S. 1319), endlich nach Ansicht des §. 168 Pr.O. bezüglich der Kosten 2c.

X.

III.

Erlöschende Verjährung.

Die Verjährung des L.R.S. 2277 findet auf Gefälle aus Drittheilspflicht keine Anwendung.

Rippolsau gegen Armbruster.

Auf den Grund des sog. Drittelsrechts hatte der Pfarr- und Kirchenfond zu Rippolsau gegen die Simon Arbruster'schen Kinder zu Schappach die Abgabe von den Jahren 1828. 1836 und 1838 eingetretenen Besitzveränderungsfällen im hälftigen Betrage von 490 fl. 5 kr. eingeklagt und in erster Instanz ein seinem Begehren entsprechendes Urtheil erwirkt, welches aber auf Appellation der Beklagten von großh. Hofgericht zu deren Gunsten abgeändert wurde, indem dieser Gerichtshof die Einrede der Verjährung des L.R.S. 2277 für begründet hielt.

Das großh. Oberhofgericht, an welches der Kläger oberappellirte, fand aber die hofgerichtliche Ansicht nicht richtig und stellte das erstinstanzliche Urtheil wieder her.

Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 21. Oktober l. J. enthalten über die gedachte Einrede Folgendes:

Wenn es auch als richtig angenommen werden kann, daß das Landrecht in dem „von Erbgülten und Zinsen" handelnden Abschnitte (L.R.S. 710 fa ff.), unter der Bezeichnung „Gült" auch die „Erbzinsen" verstanden wissen will, wofür schon der Umstand spricht, daß jener Gesetzesabschnitt gemeinsame Grundsätze für beide Arten von Erbdienstbarkeiten aufstellt, so folgt daraus doch nicht mit Nothwendigkeit, daß unter der Bezeichnung von „Gült" auch in allen andern, in dem fraglichen Landrechtsabschnitt nicht gedachten Rechtsbeziehungen die Erbzinsen als mitverstanden angenommen werden müssen und dies zwar bezüglich auf L.R.S. 2277 um so weniger, als diese Gesetzesstelle eine ganz besondere Ausnahmsbestimmung enthält, eine ausdehnende Auslegung hier sonach ohne sehr erhebliche Gründe nicht stattfinden darf.

Das Gesetz erwähnt der „Gült" übrigens auch nur beispielsweise, wie sich dies klar aus den Worten ergibt: „und überhaupt Alles, was von Jahr zu Jahr, oder in kürzeren Zielern zahlbar ist," wonach nur solche Rückstände, die ihrer Natur nach in bestimmten Zeitpunkten und Zielern von höchstens einem Zeitraume von einem Jahre bezahlt zu werden pflegen, wie dies gewöhnlich bei den beispielsweise angeführten Gülten, Pacht-, Capitalzinsen u. dgl. stattfindet, der im Gesetze festgesetzten Verjährung von 5 Jahren unterworfen sein sollen. Jene Eigenschaft und nicht der Name eines Gefälles ist es also, was bei der Beurtheilung der Frage, ob ein solches unter die Bestimmung des S. 2277 falle, in Betracht zu ziehen ist, und darnach findet diese Gesetzesstelle auf die Rückstände aus „Drittelspflicht" keine Anwendung.

Es sind dies solche Gefälle, die nur durch Besitzveränderungen bezüglich eines bestimmten Gutes, namentlich durch Sterbfälle oder Veräußerungen begründet werden, somit nach der Zeit des Fälligwerdens, wie nach Art und Umfang des Gefälls ganz unbestimmt sind, sonach gerade der charakteristischen Momente ermangeln, die das Gesetz als die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit bezeichnet.

Dazu kommt aber weiter noch, daß der Grund des Gesetzes „zum Besten des Gemeinwohls" der Anhäufung von Rückständen an Gefällen von so kurzer Dauer, sowie von darauf Bezug habender Papieren oder Prozessen vorzubeugen, bei der Natur der Gefälle aus Drittelspflicht nicht anschlägt, wie denn auch im vorliegenden Falle nur drei Fälle in Frage liegen, die sich in einem Zeitraum von ungefähr 29 Jahren ergeben haben 2c.

D. R.

IV.

Die in den Statuten der Versicherungsgesellschaften übliche Clausel, daß die Gesellschaft in Rechtsstreiten über Erfüllung der Versicherungsverträge vor dem Gerichte des Wohnsitzes ihres Agenten gegenüber Ausländern Recht nimmt, findet auch dann Anwendung, wenn der Versicherte die Auflösung des Vertrages wegen dessen Nichterfüllung Seitens der Gesellschaft begehrt.

Weber gegen Hammonia.

Entscheidungsgründe

zum Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 19. Juli 1858.

Obgleich der Kläger mit seiner Klage die Aufhebung des mit der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrags (verbunden mit Rückerstattung der eingezahlten Prämien) verlangt, so handelt es sich dennoch in Wirklichkeit gerade um die Erfüllung des fraglichen Vertrags; letztere ist der Streitgegenstand, indem der Kläger behauptet, sie sei Seitens der Beklagten nicht eingetreten, während letztere zur Bestreitung dieser Behauptung und ihrerseits zu der, daß allerdings erfüllt worden, veranlaßt ist. Je nachdem die richterliche Entscheidung das Eine oder das Andere anerkennt, wird der Kläger oder die Beklagte siegen.

Es liegt daher in der That der Fall des zweiten Absatzes des §. 15 der mit der Klage vorgelegten Statuten der beklagten Gesellschaft vor, wo für Rechtsstreitigkeiten über die Erfüllung von Versicherungsverträgen der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Agenten gewählt ist, der die Versicherung vermittelte.

Diese dem §. 18 der Pr.O. über den Gerichtsstand des zum Vollzug eines Vertrags gewählten Wohnsitzes vollkommen entsprechende Auslegung der Statuten a. a. O. entspricht auch offenbar allein der Absicht derselben und beziehungsweise der Vertragspersonen, weil unzweifelhaft den Versicherten die Möglichkeit zur Verfolgung ihrer Rechtsansprüche aus dem Versicherungsvertrag an die Gesellschaft wenn nicht ermöglicht, doch erleichtert werden sollte, was mit dem Streben der Gesellschaft, den Kreis ihrer Versicherten möglichst auszudehnen, folgeweise mit ihrem eigenen Interesse Hand in Hand ging. Da nun nach der Behauptung der Klage Carlsruhe der Wohnsitz des Agenten ist, mit welchem der Kläger contrahirt hat, so findet die vorwürfige Klage allerdings vor dem dortigen Untergerichte statt, was unter Abänderung des unterrichterlichen, die Klage dort abweisenden Erkenntnisses durch das obergerichtliche Urtheil ausgesprochen worden ist.

X.

V.

Der mit einer Regreßklage gegen das Pfandgericht auftretende Gläubiger kann auch ältere, als zweijährige Zinsen verlangen, wenn nicht das Pfandgericht darthut, daß der Kläger wegen Concurrenz von anderen Pfandgläubigern doch nur den in L.R.S. 2151 bestimmten Zinsbetrag erlangt haben würde.

Auszug

aus den Entscheidungsgründen zum hofgerichtlichen Urtheil vom 7. Mai 1858.

J. S.

von Marschall

gegen

Pfandgericht Seebach,

Entschädigung betr.

Die Vorschrift des L.R.S. 2151 ist hier deßhalb nicht anwendbar, weil die Beklagten nicht behaupteten, daß hier andere Pfandgläubiger mit dem Kläger concurrirt hätten, und er deßhalb einen Verlust erlitten habe.

Die Beschränkung des L.R.S. 2151 findet nämlich nur dann statt, wenn mehrere Pfandgläubiger zusammentreffen, in welchem Falle nur der Zinsenrückstand von 2 Jahren und die laufenden Zinsen an dem Unterpfandsrechte für die Hauptforderung Theil nehmen. Zachariä, Bd. II. §. 285.

Dieser Fall liegt hier nicht vor, weßhalb sich die Beklagten auch nicht auf den L.R.S. 2151 berufen können.

X.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 46.

I.

Literaturbericht.

2) Der Rechtscharakter der Aktienvereine von Dr. Robert Hermann. Leipzig 1858.

Diese Abhandlung, wie aus dem Vorwort zu ersehen, ursprünglich als Inauguraldissertation geschrieben, zeugt eben so sehr von der umfassenden Kenntniß der hier einschlagenden Literatur als von der vollständigen Beherrschung des Materials; sie zeichnet sich durch lichtvolle Darstellung wie durch scharfe juristische Auffassung gleich vortheilhaft aus. Wenn man derselben auch nicht in allen Stücken beypflichten kann, so muß man doch das Gewicht der für die abweichende Meinung vorgebrachten Gründe vollständig anerkennen. Aus der Einleitung geht hervor, daß diese Schrift durch den Streit, über den Charakter des Aktienvereins, ob er überhaupt unter römische Rechtsbegriffe eingereiht werden kann, oder ob wir es hier mit einem deutschrechtlichen Institut, mit einer Genossenschaft oder einem Verein mit juristischer oder collektiver Einheit oder einer sachenrechtlichen Genossenschaft zu thun haben, hervorgerufen wurde. Sie zerfällt in sechs Abschnitte, deren wesentlicher Inhalt durch die Ueberschriften angedeutet ist.

Der erste Abschnitt stellt den Satz auf: **Die Auffassung des Aktienvereins als societas ist juristisch unmöglich.** Man darf hierbei freilich nicht vergessen, daß der Verfasser auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts steht; nach französischem Recht und nach den diesem nachgebildeten Legislationen muß jener Satz von vornherein abgewiesen werden.

Bei dem Einfluß, den das französische Handelsgesetzbuch auf alle neuere Entwürfe sichtlich ausübt, ist es gleichwohl von großem Interesse, zu hören, ob denn sowohl jenes wie diese auf einem falschen theoretischen Standpunkte stehen?

Der Verfasser gibt zu, daß der Name Aktiengesellschaft von selbst zu der Auffassung derselben als einer Gattung der römischen societas hinführe, und daß auch namhafte Schriftsteller, wie Thöl und Treitschke, von dieser Grundansicht ausgehen; er gibt ferner zu, daß der Begriff der Societät, wie wir denselben aus den römischen Rechtsquellen überkommen haben, gewisser Modifikationen fähig ist, ohne seinem Wesen nach aufgelöst zu werden. Die Frage könne nur die sein, ob nicht durch die Abweichungen, welche wir in den Rechtsverhältnissen des Aktienvereins finden, der Grundcharakter der Societät vollständig aufgelöst und vernichtet wird? Hiernach entsteht die Vorfrage: Welches ist der Grundcharakter der Societät? Der Verfasser sagt: Die Societät ist, ihrem Wesen nach, ein rein persönliches, die Personen als solche ergreifendes Verhältniß, sie ist ein Consensualcontrakt.

Aus diesem Grundcharakter folgen logisch alle Rechtsregeln für die Societät vom Beginn bis zum Erlöschen derselben, sagt der Verfasser; sie sind ebenso unbestritten, als es gewiß ist, daß keine derselben bei einem Aktienverein Anwendung leidet. Dies wird im Einzelnen ausgeführt:

1) Der Eintritt eines neuen socius erfordert den Consens aller bisherigen Gesellschafter — nicht so bei dem Aktienverein; Tod oder Austritt eines socius löst die Societät auf — nicht so bei dem Aktienverein. Die Societät der Zurückgebliebenen ist eine neue Gesellschaft — nicht so bei dem Aktienverein.

2) Jeder socius kann, wenn nicht zur Unzeit, auf Lösung und Auseinandersetzung des ganzen Ver-

hältnisses bringen (ist das auch richtig?), nicht so bei dem Aktienverein.

3) Die Rechte und Verbindlichkeiten des socii beruhen auf Vertrag und können nur durch Vertrag modificirt werden, bei dem Aktienverein dagegen durch Beschluß der Mehrheit.

4) Bei dem Aktienverein haften nicht die Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern allein das Gesellschaftsvermögen. Der Verein kann zahlungsunfähig sein, während alle Mitglieder solvent sind.

5) Die Aktionäre können in jedes rechtliche Verhältniß zu dem Verein treten, ohne daß die Eigenschaft des Aktionärs auf dieses Verhältniß einen Einfluß übt. (Dies kann bei allen Gesellschaften vorkommen.)

Das Gewicht dieser Gründe kann nicht verkannt werden; dagegen kommt in Betracht, daß jede Aktiengesellschaft ebenfalls auf Vertrag beruht: die Statuten bilden den Gesellschaftsvertrag. In diesen ist gewöhnlich festgesetzt, inwiefern sie durch Beschluß der Mehrheit abgeändert werden können, mithin beruhen dergleichen Abänderungen ebenfalls auf Vertrag. Daß aber nicht alle Regeln der societas, namentlich solche, welche sich auf das persönliche Verhältniß der socii beziehen, auf die Aktiengesellschaft anwendbar sind, rührt eben daher, daß die Aktionäre nicht in ein persönliches, sondern nur in ein sachliches Verhältniß zu einander treten. Bei den meisten Verträgen, welche nur Vermögensrechte betreffen, wie Kauf, Tausch, Darlehen u. s. w. kommen die Personen der Contrahenten nicht in Betracht, weßhalb auch eine Uebertragung unbedingt zulässig ist; nur da, wo bei dem Vertragsabschluß die Persönlichkeit des Abschließenden berücksichtigt wird, wie bei der offenen Gesellschaft, ist die Uebertragung ausgeschlossen. Daher die Regel socii mei socius non est meus socius. Die römischen Juristen haben selbst eine Vererbung der pars in der s. vectigalium zugelassen, l. 59. pr. D. (17. 2), wahrscheinlich auch eine Uebertragung, sie haben den Verein societas und die Mitglieder socii genannt, und damit wohl zugegeben, daß dergleichen Gesellschaften unter den allgemeinen Begriff der societas fallen, wenn auch die sonst geltenden Regeln bei denselben bedeutende Modifikationen erleiden müssen.

Der zweite Abschnitt führt die Ueberschrift: **Der Aktienverein ist nach seiner Erscheinung sowie nach seinen Statuten ein selbstständiges, von den einzelnen Aktionären verschiedenes Rechtssubjekt.** Die Gründe sind die nemlichen, welche auch sonst schon in diesen Blättern geltend gemacht wurden:

Der Aktienverein erscheint nemlich als Eigenthümer der Mobilien und Immobilien, als Gläubiger und Schuldner, als Kläger und Beklagter und hat als solcher seinen eigenen Gerichtsstand. Der Verfasser weist auch durch eine große Anzahl von Statuten nach, daß diesen die nemliche Auffassung zu Grunde liegt. Dann geht er zu den Ansichten der Schriftsteller über, unter welchen Treitschke in der Zeitschrift für deutsches Recht 5. Bd. No. 9 die Aktiengesellschaft im Ganzen als den Complementar der einzelnen Aktionäre, mithin immerhin als eine von diesen verschiedene Persönlichkeit darstellt, wenn er ihr auch nicht gerade den Namen einer juristischen oder moralischen Person beilegt.

Meno Pöhls erkennt dagegen in seiner Schrift, das Recht der Aktiengesellschaften, Hamburg 1842, diese als moralische Personen an, wiewohl er sie als eine eigentliche Art der Societät auffaßt. Dies hält der Verfasser für einen Widerspruch, indem er sagt: „Eine Vereinigung dieser zwei Anschauungen ist juristisch nicht denkbar; societas und moralische Person sind vollkommene Gegensätze.". Hierin kann ich dem Verfasser nicht beistimmen. Der code de commerce und alle ihm nachgebildeten Legislationen sehen in den Aktienvereinen eine Gattung der Gesellschaft und gleichwohl erkennt die ganze französische Jurisprudenz sie als moralische Personen an. Noch mehr. Alle Handelsgesellschaften werden von Frémery, Etudes du droit commercial chap. 4 für moralische Personen gehalten, welche Auffassung aus dem Mittelalter stamme, zu welcher Zeit man sie als corpus mysticum bezeichnete; die Entscheidungen der Rota von Genua werden als Belege dafür angeführt.

Troplong geht noch weiter. In seinem Commentar über den contrat de société No. 58 behauptet er, jede Gesellschaft sei eine moralische Person, welche sich von den einzelnen Gesellschaftern unterscheide; ce point de droit, sagt er, me parait certain. Nach einer Note zu dieser Stelle bekennen sich die meisten französischen Schriftsteller zu dieser Meinung. Bekanntlich hat auch der preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, welcher den Berathungen in Nürnberg zu Grund gelegt wurde, in Art. 87 die Persönlichkeit für alle Handelsgesellschaften in Anspruch genommen, welche Ansicht, nach den Motiven, im Han-

beibleiben ganz allgemein sei, und in dem für Preußen erlassenen Gesetz vom 9. November 1843, bezüglich der Aktiengesellschaften, bereits ihren Ausdruck gefunden habe. Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Oestreich hat ebenfalls alle Handelsgesellschaften als moralische Personen anerkannt.

Jolly in der Zeitschrift für deutsches Recht 10. Bd. S. 317 und ff. hält die Aktiengesellschaft materiell für eine societas, formell für ein selbstständiges Rechtssubjekt, wiewohl in letzterer Beziehung ein Schwanken seiner Ansicht unverkennbar ist. Entschiedener als bei Jolly kommt die Rechtssubjektivität des Aktienvereins bei Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht 13. Bd. S. 382 zum Durchbruch, sagt der Verfasser.

Dagegen haben Thöl, Handelsrecht §. 44—47 und Gerber System des deutschen Privatrechts 5. Auflage §. 198 die Construktion des Aktienvereins als societas privata durchzuführen versucht. Thöl sagt §. 44 ausdrücklich: „Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft und zwar die römische societas aber diese modificirt, nicht eine juristische Person; ihr werden oft die Rechte einer solchen durch die Concession beigelegt.“

Zur Begründung dieser Ansicht wird in der Note 5 nur so viel angeführt: „Es ist kein Bedürfniß vorhanden und unnatürlich die künstliche juristische Person der Aktiengesellschaft zu substituiren.“ Es ist aber, darf man wohl mit dem Verfasser sagen, nicht allein ein Bedürfniß, sondern eine innere Nothwendigkeit hiefür vorhanden, welcher keine Theorie auf die Dauer wird widerstehen können. Als Beleg werden die Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse der Juristenfakultät in Leipzig angeführt, welche den Aktienverein als universitas quaestuaria bezeichnen, und den Grundsatz: quod universitas possidet, singula ejus membra non possident, darauf anwenden; ferner ein Bericht des Civilsenats des kön. Obertribunals in Stuttgart an das kön. Justizministerium vom 14. Oktbr. 1845, in welchem ausgeführt wird, „daß bei anonymen Gesellschaften den einzelnen Mitgliedern, als solchen, kein Eigenthumsrecht zu intellectuellen Antheilen an dem Gesellschaftsvermögen zustehe, daß vielmehr der Verein selbst Eigenthümer sei.“

Der dritte Abschnitt führt die Ueberschrift: Der Aktienverein ist eine juristische Person nach der Theorie des römischen Rechts. Wenn diese Behauptung nachgewiesen werden kann, so sollte nach gemeinem Recht jeder fernere Streit wegfallen. Es ist nun schon öfter darauf hingewiesen worden, daß die Römer unsern Aktiengesellschaften ähnliche Institute, wie z. B. die s. vectigalium, auri fodinarum, salinarum u. s. w. hatten, von denen l. 1. D. quod cujusc. univ. nomine (3. 4.) sagt, es sei ihnen erlaubt, eine Corporation zu bilden (corpus habere). Welches sind nun die Merkmale, die eine solche Vereinigung von jeder andern wesentlich unterscheiden, und finden sich diese unterscheidenden Merkmale auch bei dem Aktienverein? Dies sucht der Verfasser nachzuweisen. Das römische Recht erforderte

1) vor allem die Staatserlaubniß, l. 1. D. (3. 4) u. l. 3. §. 1. D. (47. 22). Ob diese heute noch nothwendig, ist vom Standpunkt des gemeinen Rechts sehr bestritten; ich will hier auf diese Frage nicht näher eingehen, da nach unserm Partikularrecht darüber kein Zweifel obwalten kann;

2) ein solcher Verein mußte eine Gesellschaftskasse (arcam communem) und

3) einen Vertreter (actorem sive syndicum) haben, l. 1. § 1. D. (3. 4). Das trifft nun vollständig zu. Was namentlich die Gesellschaftskasse betrifft, so gilt von ihr, was Ulpian in l. 7. §. 1 ibidem sagt: si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent. Dieser Satz ist allein schon entscheidend; denn er stellt die Verschiedenheit der Persönlichkeit der universitas von den singulis, aus welchen sie besteht, ins hellste Licht. Wer der universitas Etwas schuldet, ist darum nicht Schuldner der einzelnen Mitglieder derselben; er kann nicht von diesen, sondern nur von den gesetzlichen Vertretern der universitas auf Zahlung belangt werden. Er kann nicht gegen diese Schuld mit Forderungen an die einzelnen Mitglieder compensiren. Umgekehrt, wenn er eine Forderung an die universitas hat, kann er nicht die einzelnen Mitglieder, sondern nur die Vertreter der Körperschaft belangen. Er kann das erwirkte Urtheil nur gegen das Eigenthum der Körperschaft vollstrecken lassen ꝛc. Alles dies trifft bei dem Aktienverein zu. Er hat eine Gesellschaftskasse, welche allein wegen der Schulden des Vereins in Anspruch genommen werden kann, und an welche allein die Forderungen des Vereins gültig bezahlt werden können. Der Verein hat seine Vertreter, mögen diese nun Verwaltungsrath, Direktorium oder wie immer heißen; von ihnen gilt, was Ulpian in l. 3. D. (3. 4) sagt: Nulli permittur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei cui lex permittit aut lege cessante ordo dedit. Als lex gelten

hier die Statuten des Vereins, und wenn diese keine Bestimmung bezüglich der Vertretung enthalten, so muß eine solche mittels Berufung der Mitglieder des Vereins erwirkt werden.

Es zeigt sich sonach eine vollständige Uebereinstimmung, welche von dem Verfasser noch viel eingehender nachgewiesen wird.

Der vierte Abschnitt führt die Ueberschrift: **Der Aktienverein ist eine juristische Person nach seiner innern Organisation.**

Der Aktienverein, sagt der Verfasser, ist ein lebendiger Organismus, es zeigt sich dies in seiner Entstehung, in seiner Entwicklung, in seinem Wirken und in seiner Auflösung. Die Entstehung und Begründung des Vereins beruht nach dem Verfasser nicht auf einem Vertrag, weil die definitive Festsetzung oder Abänderung der Statuten fast nie Sache der Einstimmigkeit der Betheiligten ist, sondern mittels Stimmenmehrheit geschieht. Wie schon oben angedeutet, halte ich diese Meinung nicht für richtig. Die Constituirung aller Aktiengesellschaften beruht auf einem Vertrag der Betheiligten, mag dieser nun den Namen provisorische Statuten, vorläufige Artikel oder Prospektus u. s. w. tragen. Wer auf den Grund eines solchen von Einem oder von mehreren Personen ausgehenden Entwurfs dem Verein beitritt, schließt ebensowohl einen Vertrag, wie derjenige, welcher den von einem Andern gefertigten Entwurf eines Kauf- oder Miethvertrags pure annimmt und unterzeichnet. Der Consens kann ebensowohl durch konkludente Handlungen wie expressis verbis gegeben werden. Enthalten nun die vorläufigen Artikel irgend eine Bestimmung, wie die Berathung und Beschlußfassung rücksichtlich der definitiven Statuten statt zu finden habe, so erfolgt diese kraft des ursprünglichen Vertrags, gerade so wie wenn etwa die Bestimmung des Kaufpreises dem Ermessen eines Dritten anheimgestellt, oder künftige Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht verwiesen werden.

Der Verfasser beruft sich für seine Meinung auf das schon oben angeführte Urtheil der Leipziger Juristenfakultät, wo es unter Andern heißt: „Für den Vertrag, durch welchen die Mitglieder einer universitas sich vereinigen, hat die Terminologie des römischen Rechts keinen Namen; es ist aber dieser kein anderer, als derjenige, welcher in höhern Verhältnissen, z. B. bei dem Staate mit dem Namen pactum unionis s. ordinationis belegt wird.“ Diese Stelle scheint mir darzuthun, daß die Juristenfakultät in der Constituirung des Vereins einen Vertrag findet, wenn sie auch um dessen Namen verlegen ist.

Dagegen hebt der Verfasser mit Recht den Umstand hervor, daß der Verein immer derselbe bleibt, wenn auch seine Mitglieder wechseln. Diese Eigenthümlichkeit ist auch schon von den römischen Juristen in l. 7. §. 2. D. (3. 4) erkannt worden: In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat vel omnes immutati sint. Die organische Natur des Vereins zeigt sich aber besonders in seinen innern Verhältnissen, in seiner Verfassung, welche allerdings der Verfassung einer Corporation nachgebildet ist; die Organe des Vereins sind für diesen durchaus dasselbe, was z. B. für den Staat die Regierung und Stände, für Gemeinden Bürgermeister, Gemeinderath und Ausschuß u. s. w. sind, und es läßt sich daraus die Auffassung der Aktienvereine als Corporationen, wenn auch nicht rechtfertigen, doch erklären. Mit dieser Auffassung hängt denn auch die Ansicht, daß Aktiengesellschaften nur mit Staatsbewilligung entstehen können, zusammen, weil man nicht mit Unrecht von dem Grundsatz ausgeht, daß Corporationen nur mit staatlicher Erlaubniß ins Leben gerufen werden sollten.

Diese Frage gehört aber jedenfalls in das Gebiet des öffentlichen Rechts, weßhalb ich es unterlasse, hier weiter darauf einzugehen. Nur Einen Punkt erlaube ich mir hervorzuheben, weil darin, wie mir scheint, sowohl der Verfasser wie auch **Unger**, dessen Schrift früher besprochen wurde, übereinstimmend fehl gehen. Beide nehmen an, juristische Person und Corporation sei eins und dasselbe; sie brauchen sogar beide Ausdrücke abwechselnd, gleichsam als synonym. Gleichwohl gibt Unger zu, daß der hereditas jacens schon nach römischem Recht Persönlichkeit zukommt (personae vice fungitur); diese kann doch nicht als Corporation gelten. In gleicher Weise müssen wir unsern Stiftungen die Persönlichkeit vindiciren, wiewohl man sie schwerlich den Corporationen beizählen kann. Endlich gibt es unzählige gesellige Vereine, welchen man die Persönlichkeit beilegen muß, weil man ohne eine solche Annahme mit **Brakenhöft** an deren juristischen Construktion verzweifeln müßte; gleichwohl wird man sie nicht zu den Corporationen rechnen können. Ebenso reicht die Annahme der Persönlichkeit für die Aktiengesellschaften vollständig aus; es ist nicht nothwendig, sie als Corporationen aufzufassen, um alle Erscheinungen genügend zu erklären.

Der Verfasser führt dagegen aus, daß das Recht „Statuten zu machen“ den Corporationen zukomme, was schon in dem römischen Recht anerkannt sei l. 3. D. (3. 4), l. 4. D. (47. 22). Auch alle Schriftsteller stimmen darin überein, daß dieses Recht den Corporationen des heutigen Verkehrslebens zuzuschreiben sei. „Diejenigen Juristen, welche den Aktienverein als societas construiren, müssen consequenter Weise die Statuten desselben als Gesellschaftsvertrag auffassen — denn echte Statuten können eben nur Corporationen haben. Wir müssen daher, sagt der Verfasser, da wir den Aktienverein als universitas, als Corporation construiren, den Beweis führen, daß die Auffassung der Statuten als Gesellschaftsvertrag unmöglich ist, daß sie vielmehr Ausfluß der Autonomie des Vereins als einer Corporation sind.“

Diesen Beweis sucht der Verfasser einmal durch den Umstand, daß die Statuten selbst durch Mehrheitsbeschlüsse festgestellt werden, was nicht der Fall sein könnte, wenn diese wahre Verträge wären, weil bei Verträgen auch die unbedeutendste Bestimmung der freien Zustimmung eines jeden Contrahenten bedarf, außerdem aber auch durch die imperativische Form der einzelnen Bestimmungen in den Statuten zu führen, welche als abstrakte Normen, nach denen die vorkommenden Verhältnisse zu regeln, und beziehungsweise zu entscheiden sind, gleich den vom Staat erlassenen Gesetzen und Verordnungen erscheinen. Wir bemerken aber dasselbe bei geselligen, wissenschaftlichen, Kunstvereinen, welche man doch wohl nicht als Corporationen auffassen wird. Für alle diese Vereine sind die Statuten als Vertragsurkunden zu betrachten: wer nicht übereinstimmt, kann aus dem Verein treten. Diese Möglichkeit des Austretens ersetzt denjenigen, welche in der Minorität bleiben, die Nothwendigkeit der freien Zustimmung; finden sie, daß der gegen ihre Ansicht gefaßte Beschluß die sonstigen Vortheile oder Annehmlichkeiten des Vereins überwiegt, so können sie durch den Austritt sich den Folgen desselben entziehen; wenn sie aber trotz des gefaßten Beschlusses in dem Verein verbleiben, so liegt in dieser Thatsache die stillschweigende Erklärung, daß sie sich die veränderten Statuten gefallen lassen, gewisser Maaßen nachträglich den Beschlüssen der Mehrheit beitreten. Denn es ist doch wohl, was die juristische Auffassung betrifft, gleichgültig, ob ich in einem Verein, dessen Statuten gegen meinen Willen verändert wurden, bleibe, oder ob ich demselben, nachdem die Statuten verändert sind, beitrete. Mein Verbleiben in dem einen Fall hat dieselbe juristische Bedeutung, wie mein Eintreten im andern Fall. Dasselbe ist auf Aktiengesellschaften anwendbar: Jeder Aktionär kann mittels Verkauf seiner Aktien aus der Gesellschaft austreten; eben darum kann man die Aenderung des Gesellschaftsvertrags (der Statuten) mittels Mehrheitsbeschluß eher zugeben, als in andern Vertragsverhältnissen, wo eine Lösung entweder gar nicht oder nur mit den größten Opfern möglich ist. Es wird daher gewöhnlich in den Statuten selbst festgesetzt, daß sie mittels Beschlusses der Mehrheit abgeändert werden können und insofern erscheinen die Beschlüsse der Mehrheit als statutengemäß. Die ersten Statuten sind aber darum als Vertrag zu betrachten, weil Jeder, welcher Aktien erwirbt oder solche zeichnet, mittels dieser Handlung seine freie Zustimmung zu den bestehenden Statuten oder zu dem Entwurf, auf dessen Grundlage die Zeichnung stattfindet, zu erkennen gibt.

Der fünfte Abschnitt ist der Widerlegung der gegen die Construction des Aktienvereins als juristische Person erhobenen Einwendungen gewidmet.

Es ist hier zunächst Jolly, dessen Ausführung in der Zeitschrift für d. Recht bekämpft wird. Dieser sagt nemlich: „Die Vorstellung der Aktionäre bei irgend einer beliebigen Aktiengesellschaft geht sicher nie dahin, als gehörten die zusammengebrachten Capitalien und die dafür angeschafften Sachen einem von ihnen ganz verschiedenen Rechtssubjekt, sondern sie halten sich selbst für die Herrn des Vermögens.“ Der Verfasser scheint zuzugeben, daß die Aktionäre diese Vorstellung haben, hält sie aber nicht für relevant, weil die Ansicht der Laien nicht in Betracht kommt, wo es sich um wissenschaftliche Begriffe handelt. So richtig diese Bemerkung an und für sich sein mag, so ist sie hier nicht zutreffend, denn es handelt sich hier zunächst um Feststellung einer Thatsache, welche für die wissenschaftliche Auffassung des unter den Parteien abgeschlossenen Vertrags entscheidend ist. Liegt es nämlich wirklich in der Absicht der Personen, welche eine Aktiengesellschaft begründen, und zu diesem Zweck Capitalien zusammenschießen, daß diese Capitalien oder die dafür angeschafften Sachen Jedem von ihnen pro parte gehören sollen, so daß Jeder frei über die pars quota schalten und walten oder mindestens sie für sich benutzen kann, oder geht vielmehr die Absicht jedes Einzelnen dahin, sich des eingelegten Capitals zu entäußern, und zwar nicht zu Gunsten eines andern Aktionärs, sondern zu Gunsten der Gesellschaft, welche vermittels der ihr gegebenen Organe allein

und ausschließlich über die eingelegten Capitalien oder die dafür angeschafften Sachen soll verfügen können? Die Vorstellung der Persönlichkeit der Aktiengesellschaften liegt, nach meiner Erfahrung, viel klarer und bestimmter in dem ungelehrten Publikum, als sie in den Schriften der Juristen zu erkennen ist; sie tritt uns eben darum im Leben vollständig ausgebildet, entgegen, sei es nun in den Statuten der verschiedenen Gesellschaften, sei es in ganz unzweideutigen Thatsachen, wie in dem Auftreten der Aktiengesellschaften vor Gericht, in den Verträgen mit andern Personen, seien diese Aktionäre oder nicht, in dem Ausstellen und Indossiren von Wechseln, in der Buchführung, in der Besteuerung, bei Versicherung gegen Gefahren von Feuer, Wasser 2c., bei Inscriptionen in die Grund- und Hypothekenbücher u. s. w.

Es ist wohl noch keinem Aktionär der Berbacher Gesellschaft eingefallen, sich für den Eigenthümer an dem aliquoten Theil der Eisenbahn von Ludwigshafen nach Berbach, oder der Wagen oder des Kohlenvorraths 2c. zu halten, oder den Gebrauch, beziehungsweise die Benützung der Bahn für sich und die Seinigen zu begehren, oder etwa Jemanden den aliquoten Theil der Bahn als hypothekarische Sicherheit anzubieten. Jeder Aktionär weiß recht wohl die Persönlichkeit der Gesellschaft, wenn er mit dieser contrahirt, z. B. wenn er eine Lieferung an sie übernimmt, oder ihr Waaren zum Transport übergibt, aufzufinden; er weiß recht wohl, an wen er Zahlung für die gemachten Lieferungen, oder Entschädigung wegen verspäteten Transports zu fordern hat. Während die Gelehrten streiten, herrscht im Publikum auch nicht der geringste Zweifel.

Ein anderer Einwand von Jolly geht dahin, „daß es unnütz sei, ein Rechtssubjekt zu schaffen, dessen Vermögen faktisch doch nicht das seinige ist, indem die Erträgnisse lediglich Andern zufließen, welche ein Recht und ein Interesse haben, sie möglichst ergiebig zu machen.“ Hiergegen macht der Verfasser auf die römischen societates vectigalium 2c. aufmerksam, welche als corpus anerkannt wurden, wiewohl die Erträgnisse ebenfalls den sociis zufielen, ferner auf so viele neuere Corporationen, bei denen dasselbe stattfindet. Man kann vielleicht umgekehrt behaupten, es werde nicht leicht eine Körperschaft (wenn man hier von Körperschaften reden darf) aufzufinden sein, deren Vermögen nicht, mehr oder weniger, den Mitgliedern zum Genuß gereicht. Staatsgüter, Kirchengüter, Gemeindegüter, alle diese sollen zum Besten der Angehörigen verwendet werden, sei es nun direkt oder indirekt. Natürlich, der Staat, die Kirche, die Gemeinde sind Begriffe, welche von dem Einkommen ihrer Güter nichts genießen können. Es müssen immer wieder lebende Personen sein, an welche der Genuß gelangt; als solche sind zunächst die Mitglieder der betreffenden Genossenschaft berufen.

Bei Stiftungen kommt der Genuß Personen zu, welche häufig in gar keiner Beziehung zu dem Stifter oder zu den Verwaltern der Stiftung stehen. Man denke z. B. an die große Merian'sche Stiftung in Basel, an die Rothschild'sche in Frankfurt, an die Reichertz'sche in Cöln, an die Stulz'sche in Baden, an die Klausstiftung in Mannheim. Diese Stiftungen haben liegende Güter unter ihrem Namen in die Grundbücher eingetragen, Kapitalien ausgeliehen, sie erscheinen vor Gericht, sie klagen und werden verklagt, und alles dies findet Jedermann natürlich, selbstverständlich. Das Einkommen wird für gewisse Zwecke verwendet, je nach dem Stiftungsbrief; wer es erhält, ist für die Persönlichkeit der Stiftung gleichgültig. Endlich gibt es eine Unzahl von wissenschaftlichen und geselligen Vereinen, deren Einkommen sämmtlich zum Besten der Mitglieder verwendet wird. Alle diese sind demungeachtet juristische Personen.

Ein weiterer Einwand, daß die Annahme der juristischen Persönlichkeit die Folge hätte, daß bei Auflösung derselben ihr Vermögen als bonum vacans dem Staat anheim fallen müßte, wird vom Verfasser gründlich widerlegt.

Endlich wird entgegengehalten, daß wenn Aktiengesellschaften als Corporationen angesehen werden wollen, auf sie auch der Grundsatz der Majoritätsbeschlüsse Anwendung finden müsse, somit die Majorität eine unbedingte Herrschaft über die Minorität ausüben könne. Man sollte glauben, der Verfasser müsse mit dieser Aufstellung ganz einverstanden sein; denn er hat selbst argumentirt daraus, daß bei Aktiengesellschaften die Majorität entscheide, sie seien keine Gesellschaften, sondern Corporationen (s. oben). Hier aber bezieht er sich auf die Statuten, welche über den Umkreis, innerhalb dessen die Majorität wirksam sei, Maaß und Ziel geben. Dies führt uns gerade darauf, daß die Statuten den Gesellschaftsvertrag bilden, mithin die Majorität nicht weiter Macht hat, als die Einzelnen ihr vertragsmäßig eingeräumt haben. Wir kommen aber hierbei zu einer andern Schwierigkeit, deren Lösung die französischen Schriftsteller versucht haben. Es könnte nemlich übersehen worden sein, in die Statu-

ten eine Bestimmung bezüglich der Majoritätsbeschlüsse aufzunehmen. Wie soll es dann gehalten werden? Ist in diesem Fall Einstimmigkeit nothwendig? Die französischen Schriftsteller sprechen sich meist dahin aus, daß die Beschlüsse mittelst einfacher Majorität gefaßt werden können; doch wird die Abänderung der Statuten, als des Gesellschaftsvertrags davon ausgenommen. Diese kann nur geschehen, wenn alle zustimmen. Troplong, Contrat de société No. 720. 721 und 724. Malepeyre et Jourdain, Traité des sociétés No. 122. 124 und 354.

Der Verfasser kommt nun auf diejenigen Schriftsteller zurück, welche die Aktiengesellschaft als Gesellschaft und nicht als juristische Person betrachten. Vor allen ist hier Thöl zu nennen. Dieser definirt die Handelsgesellschaft als eine Vereinigung mehrerer zum Zweck gemeinschaftlichen Gewinns durch Betreibung eines Handelsgeschäfts. Die Aktiengesellschaft fällt hiernach unter diesen Begriff. Reyscher geht von der gleichen Ansicht aus, indem er die Aktiengesellschaft als societas quaestuaria bezeichnet. Ebenso Treitschke, der sie eine Erwerbsgesellschaft nennt. Gleicher Ansicht sind Pfeifer, Brackenhöft und Jolly. Diesen hält der Verfasser entgegen, daß es Aktienvereine gebe, deren Zweck weder Erwerb noch Handel ist. Der Verfasser führt jedoch kein Beispiel an; man könnte etwa die Handwerkerbank in Mannheim dahin rechnen. Zum Zweck der Gründung haben verschiedene Personen Kapitalien ohne Zinsen hergegeben und dafür Urkunden erhalten, welche allerdings den Namen „Aktien" tragen. Nach dem Inhalt sind sie aber nichts Anderes als Schuldscheine über ein unverzinsliches Darlehen. Als Schuldner erscheint die Bank, sonst Niemand; die Bank bezweckt die Unterstützung von Handwerkern indem sie ihnen Geld zu niederem Zinsfuß darleiht. Aus den gewonnenen Zinsen werden die Kosten der Verwaltung bestritten; der Ueberschuß ~~wird Eigenthum der Bank; es hat Niemand darauf~~ Anspruch zu machen, vielmehr muß das Vermögen stets dem Zweck gewidmet werden, wie dies bei milden Stiftungen der Fall ist. Man wird nun diese Bank als juristische Person auffassen müssen, sie muß vor Gericht klagen und verklagt werden können. Es kann auch keinem Anstand unterliegen, daß sie Liegenschaften erwirbt und auf ihren Namen einschreiben läßt, ebenso kann sie Gelder auf Hypothek ausleihen, kurz sie ist zu behandeln wie eine lebende Person, personae vice fungitur. Gleichwohl ist sie keine Corporation; auch ist sie keine Gesellschaft, weil die betreffenden Personen nicht zusammengetreten sind, um einen Gewinn zu erzielen. Wenn daher auch die ausgegebenen Urkunden „Aktien" genannt werden, so ist darum die Bank doch keine Aktiengesellschaft. Meiner Ansicht nach kann sie nur als milde Stiftung aufgefaßt werden.

In gleicher Weise ist in Mannheim ein Hospital für alte oder gebrechliche Personen begründet worden, indem verschiedene Personen Gelder ohne Zinsen hergegeben haben, wogegen sie „Aktien" erhalten haben. Von diesen werden jährlich einige durchs Loos gezogen und heimbezahlt. Auch in diesem Fall besteht keine Gesellschaft, der Name „Aktie" ist nur eine unrichtige Bezeichnung für Schuldschein über ein unverzinsliches Darleben.

Zweifelhafter könnte es sein, ob der Rekrutenverein in Mannheim als „Gesellschaft" aufzufassen ist; die Mitglieder machen Geldeinlagen, mittelst deren ihnen, wenn sie durchs Loos zum Militärdienst berufen werden, ein Ersatzmann gestellt wird. Wer beim Loosen nicht zum Militärdienst berufen wird, hat keinen Anspruch; seine Einlage bleibt dem Verein. Auch diesem Verein muß die juristische Persönlichkeit beigelegt werden; ohne diese kann er nicht bestehen. Aber eine Corporation ist er sicher nicht, auch keine Gesellschaft. Denn es ist nicht auf einen Gewinn abgesehen, der unter die Mitglieder vertheilt werden soll; vielmehr schließt jeder Einzelne, welcher dem Verein beitritt, einen Versicherungsvertrag mit diesem, die Einlage ist als Prämie zu betrachten.

In gleicher Weise ist die allgemeine Versorgungsanstalt in Carlsruhe eine juristische Person, und als solche bekanntlich der bedeutendste Hypothekengläubiger unseres Landes. In allen Pfandbüchern erscheint sie unter ihrem Namen, Liegenschaften sind auf ihren Namen eingetragen, vor unsern Gerichten tritt sie als Klägerin und Beklagte auf. Eine Gesellschaft ist sie nicht, aber sie vermittelt die einzelnen Jahresgesellschaften, verwaltet deren Vermögen und vertheilt die Betreffnisse an die Mitglieder. Sie hat Statuten, welche als Vertrag der einzelnen Jahresgesellschaften betrachtet werden können. Diese Jahresgesellschaften stehen unter einander, so viel mir bekannt, in keiner andern Verbindung, als daß das Vermögen der ältern nach Aussterben der Mitglieder auf die jüngern übergeht.

Die Aktiengesellschaften unseres Landes, wie z. B. die Zuckerfabrik in Waghäusel, die Maschinenfabrik in Carlsruhe, die Spinnerei und Sammtweberei in Ettlingen, die Zinkgesellschaft in Wiesloch u. s. w. werden sämmt-

lich als juristische Personen angesehen und behandelt, aber Niemand denkt daran, sie für Corporationen zu halten. Sie gelten als Gesellschaften und können nach unserm positiven Recht nicht anders aufgefaßt werden.

Mit dieser Auffassung stimmen auch die neuere Gesetzentwürfe überein, welche der Verfasser in dem sechsten Abschnitt aufführt:

1) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Würtemberg (Stuttgardt 1839) stellt die Aktiengesellschaft als eine Art der Handelsgesellschaft dar, Art. 178, und enthält in Art. 256 den ausdrücklichen Satz: Die Aktiengesellschaft ist eine Rechtsperson. In den Motiven wird hiezu bemerkt: „Rechte und Verbindlichkeiten stehen der Gesellschaft zu; die einzelnen Mitglieder haben nicht einmal pro rata Antheil an denselben.“

2) Das preußische Gesetz über Aktiengesellschaften vom 9. November 1843 sagt in §. 8: „Aktiengesellschaften erlangen durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen und insbesondere das Recht, Grundstücke und Kapitalien auf ihren Namen zu erwerben und in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen.“ In Bezug auf nicht genehmigte Aktienvereine spricht sich das Obertribunal in Berlin unter dem 27. Januar 1852 folgendermaßen aus: „Vor der landesherrlichen Bestätigung haben zwar die Aktiengesellschaften nicht die Rechte privilegirter Corporationen; sie begründen aber als gültige Privatgesellschaften die durch den Gesellschaftsvertrag (Statuten) und durch die gesetzlichen Vorschriften geregelten Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder.“

3) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Deutschland (Frankfurt 1849) faßt die Aktiengesellschaft ebenfalls als Handelsgesellschaft auf, und sagt von ihr in Art. 80: „Sie ist, abgesehen von den einzelnen Aktionären, Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten; sie kann auf ihren Namen Grundstücke erwerben und als Klägerin und Beklagte vor Gericht stehen.“

4) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (Dresden 1852) bestimmt in §. 1365: „Ein Aktienverein erlangt durch seine Bestätigung die Rechte einer juristischen Person, insbesondere auch das Recht, auf seinen Namen Grundstücke zu erwerben.“

Die nicht bestätigten Vereine werden ebenfalls in den §§. 1299 und 1300 als Rechtssubjekte behandelt, wenn ihnen auch nicht ausdrücklich dieser Name beigelegt wird. Auch werden dort die Statuten als Vertrag bezeichnet.

5) Der preußische Entwurf, welcher den Berathungen in Nürnberg zu Grund gelegt wurde, erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften: Die offene, die stille und die Aktiengesellschaft. Von allen dreien sagt Art. 87: „Jede Handelsgesellschaft hat als solche selbstständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden, sie kann auf ihren Namen Forderungen und Grundstücke erwerben.“

Dieser Artikel gab bekanntlich Veranlassung zu vielen Diskussionen, jedoch nur darüber, ob die offene und stille Handelsgesellschaft als juristische Person anzusehen sei. Bezüglich der Aktiengesellschaften erhielt der angeführte Art. 87 in zweiter Lesung folgende Fassung:

„Die Aktiengesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Handelsgericht des Orts, wo sie ihre Niederlassung hat.“

Mit Recht bemerkt der Verfasser, daß in dieser Fassung die juristische Persönlichkeit des Aktienvereins volle Anerkennung gefunden hat. „Wir halten aber auch, schließt der Verfasser, das in Art. 198 Anerkannte für das der Natur der Verhältnisse und dem Rechtsbewußtsein aller Betheiligten wahrhaft Entsprechende und allein Richtige, und können nur den Wunsch wiederholen, daß Art. 198 aus dritter Lesung unangefochten hervorgehen, und schließlich ein allgemein gültiger Rechtssatz werden möge.“

Dr. Ladenburg.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 47.

I.

Entscheidungen der französischen Gerichte aus dem Gebiete des Civilrechts.

1.

Sirey 1858. I. p. 33.

Kaufmann C. hinterließ bei seinem am 10. November 1855 erfolgten Ableben als einzigen Erben seinen Stiefsohn S. C. Unter den Papieren des Verstorbenen fand sich ein eigenhändiges Testament vom 6. März 1849, mit der Ueberschrift „nul" und an mehreren Stellen durchstrichen. Andererseits übergab Fiessé, langjähriger Associé des Testators, am Todestage des letzteren, ein anderes eigenhändiges Testament desselben vom 28. Februar 1850 dem Gerichtspräsidenten.

Dieses Testament trug die Ueberschrift „Copie." Es war in einen Umschlag eingehüllt, auf welchem die Worte standen: „An Herrn Fiessé, um ihm sofort nach meinem Tode übergeben und in Gegenwart von Zeugen geöffnet zu werden."

In diesem Testamente beschränkte C. den Erbtheil seines Adoptivsohns auf die Hälfte seines Nachlasses. Dasselbe enthielt ferner mehrere Legate, darunter eines „für die Commis, beide Brüder Flinoy." Endlich enthielt dasselbe die Weisung an S. C. (den Adoptivsohn), sich nicht in die alten, zwischen C. und seinem Gesellschafter Fiessé bestandenen Geschäftsangelegenheiten zu mischen, da er sie mit letzterem geregelt und ausgeglichen habe.

Dem Begehren der Vermächtnißnehmer auf Ablieferung ihrer Legate setzte S. C. eine gegen sie und Fiessé gerichtete Widerklage auf Nichtigkeit des Testaments vom 28. Februar 1850 entgegen.

Diese Nichtigkeit sollte hervorgehen:

a) aus dem Umstand, daß Letzteres sich selbst nur als eine Copie des Testaments, nicht als dieses selbst ankündige, daß

b) das Datum falsch sei, was sich hauptsächlich aus der Beilegung der Eigenschaft von Commis an die Gebrüder Flinoy ergebe, während einer derselben diese Dienststellung erst im Jahre 1852 eingenommen habe, und daß

c) die Widerbeklagten das Testament von C. erschlichen und erlistet haben.

Das Gericht erster Instanz verurtheilte S. C. zur Auslieferung der Legate und Tragung aller Kosten, welches Erkenntniß auf die von dem Unterlegenen eingelegte Berufung von dem Appellhof zu Bordeaux bestätigt wurde.

Der Erbe legte nunmehr Cassation ein.

Erster Cassationsgrund: Verletzung der Art. 893. 967. 1335 C. c. und unrichtige Anwendung des Art. 970, indem das angefochtene Arret eine vom Testator selbst nur als Copie bezeichnete Urkunde als eigenhändiges Testament aufrecht erhalten habe. Es sei dies von den Vorderinstanzgerichten geschehen, weil die Urkunde vom 28. Februar 1850 alle in dem Art. 970 C. c. geforderten Bedingungen vereinigt habe. Aber diese Urkunde könne nicht getheilt werden. Sie müsse alles beweisen, was sie enthalte; der Richter könne nicht einen Theil gelten lassen und den anderen verwerfen. Wenn der Act als Testament gelte, weil ihn der Erblasser geschrieben, unterzeichnet und datirt hat, so müßte er als Copie gelten (nicht als Original), weil die Bezeichnung als solche vom Testator selbst herrühre.

Der Ausdruck „Copie" habe einen vom Gesetze bestimmten Sinn, den der Richter nicht unter dem Vorwand der Auslegung willkürlich ändern dürfe. Eine Abschrift habe nur einen relativen Werth, abhängig von gewissen

in den Art. 1334 ff. aufgezählten Bedingungen. Beim Mangel des Originals habe die Copie des Testaments vom 28 Februar 1850 nicht mehr Werth als die Abschrift, von welcher Ziff. 2 des Art. 1335 spreche, weil man, da das Original selbst nicht vorgelegt worden sei, vermuthen müsse, daß es von dem Testator selbst zerstört oder vernichtet worden sei. Es sei zwar richtig, daß im Allgemeinen die verschiedenen Exemplare eines Testaments, wenn sie alle in gesetzlicher Form errichtet sind, einen gleichen Werth haben. Wenn aber von zwei ähnlichen Urkunden der Testator eine als Original, die andere als Copie bezeichne, so habe das Original allein einen absoluten Werth. Sei aber das Letztere verschwunden, so bleibe nur eine Urkunde, für deren Werth die angerufenen Gesetzesbestimmungen (Art. 1334. 1335) maaßgebend seien.

Der einzige plausible Entscheidungsgrund des Arrets bestehe darin, die fragliche Urkunde sei ein Testament, weil der Erblasser solche geschrieben, unterzeichnet und datirt habe. Wenn aber diese Urkunde, wie die vom 6. März 1849, an ihrer Spitze das Wort „nul" tragen würde, wenn der Erblasser sie „Entwurf" überschrieben hätte, wäre dann der Richter berechtigt, diesem vom Testator selbst vernichteten Act das Leben wiederzugeben, an die Stelle von „Entwurf" das Wort „Testament" zu setzen? Auch das Wort „Abschrift" bezeichne eine Urkunde, welche für sich allein keinen Werth und keine Existenz habe, welcher das Gesetz nur unter gewissen, hier nicht vorhandenen Bedingungen einen Werth beilege.

Zweiter Cassationsgrund: Verletzung des Art. 970 und 1341 C. c., weil das angefochtene Arret ein angebliches Testament mit falschem Datum aufrecht erhalten, indem es mit Hilfe von außerhalb der Urkunde geschöpften Präsumtionen den durch den Act selbst gelieferten wirklichen Beweis der Falschheit des Datums beseitigt habe.

Dritter Cassationsgrund: Verletzung des Art. 913 C. c. indem das Arret die Clausel des Testaments, welche dem Adoptivsohn untersage, sich in die Angelegenheiten, welche früher zwischen dem Testator und Fiessé bestanden, zu mischen, aufrecht erhalten, dadurch aber Letzteren indirect begünstigt und den Pflichttheil des Erben verletzt habe.

Vierter Cassationsgrund: Verletzung des Art. 1016 C. c., indem das angefochtene Arret den S. C. zur Tragung der Kosten, also auch der des Auslieferungsbegehrens verurtheilt habe, welche doch nie den Erbtheil des Pflichttheilserben schmälern dürfen.

Der vortragende Rath bemerkte über den ersten Cassationsgrund:

Das Wort „Copie" bilde einen integrirenden Bestandtheil des Testaments, der Sinn, welchen es birge, sei wie der übrige Inhalt der Urkunde der Würdigung der Richter der Thatsachen überlassen; wie diesen die souveräne Auslegung der Clauseln des Testaments zustehe, gemäß dem vermuthbaren Willen des Verstorbenen, so sei es auch ausschließlich deren Aufgabe, die Bedeutung des Ausdrucks „Copie" zu bestimmen.

Angenommen aber auch, diese Frage könne vor den Cassationshof gebracht werden, warum sollte das fragliche Wort die Wirkung haben, das Testament zu vernichten? Weil eine Abschrift stets eine Urschrift voraussetze, deren Vorlage man — neben der Abschrift — jeder Zeit fordern könne?

Allein, wie es im Allgemeinen bedenklich sei, auf eine Materie die für einen ganz verschiedenen Gegenstand gegebenen Regeln anzuwenden, so seien die Grundsätze, welche der Gesetzgeber für den Beweis der Verbindlichkeiten aufstelle, auf Testamente nicht anwendbar, wenigstens nicht was die Bedeutung des Worts „Copie" betreffe. Bei einem eigenhändigen Testamente könne man nicht zwischen Original und Copie unterscheiden. Wenn die vorgelegte Urkunde den Bestimmungen des Art. 970 entspreche, so bilde sie das Testament, habe es nun der Testator nach einem Vorbilde abgeschrieben oder selbst verfaßt.

Welche Bedeutung könne man also dem über dem zu prüfenden Testamente befindlichen Worte „Copie" beilegen?

Der Testator habe ein erstes Testament am 6. März 1849 errichtet; der Anhang dieses an mehreren Stellen durchstrichenen, mit dem Worte „nul" überschriebenen Testaments habe mit den Worten geschlossen: „Ich beabsichtige die Umarbeitung dieses Testaments, um es korrecter zu machen." Wahrscheinlich sei nun das vom 28. Febr. 1850 die angekündigte Umarbeitung, und um auszudrücken, daß ihm das frühere in mehreren, bei dem 2ten wiederkehrenden Partien als Muster gedient habe, sei am Eingang des Testaments das Wort Copie (gleichsam für „sorgfältige Umarbeitung") gebraucht.

Wollte man unterstellen, C. habe mit dem Worte Copie anzeigen wollen, daß er das als Ausdruck seines letzten Willens zurückgelassene Testament nach einem identischen,

im Nachlasse nicht mehr aufgefundenen Originale copirt, so müsse diese von ihm datirte und unterschriebene und ganz von seiner Hand herrührende Urkunde gleichwohl zum Vollzug kommen, denn es würde, diese Thatsache als wahr angenommen, daraus folgen, daß das Testament des C. in mehreren Exemplaren errichtet wurde, und die Vernichtung eines Duplicats könnte nicht das Exemplar, welches alle Grundzüge des eigenhändigen Testaments vereinigt, entkräften.

Das Cassationsgesuch ward durch Arret vom 4. November 1857 verworfen:

In Erwägung, was den ersten Cassationsgrund betrifft, daß durch das angefochtene Arret festgestellt ist, daß die Urkunde vom 28. Februar 1850 nicht die Abschrift des von dem Erblasser vernichtenden Testaments vom 6. März 1849 ist; daß diese beiden Urkunden wesentlich von einander verschieden sind;

In Erwägung, daß gleichfalls festgestellt ist, daß die erwähnte Urkunde vom 28. Februar alle Erfordernisse eines eigenhändigen Testaments hat, weil es vom Testator datirt, unterzeichnet und ganz von seiner Hand geschrieben ist;

In Erwägung, daß es Sache der Richter der Thatsachen ist, den Sinn und die Tragweite des Wortes „Copie" zu bestimmen, welches sich an der Spitze des Testaments sowohl als der Dispositionen, die es enthält, befand; daß der Appellationshof erklärt, C. habe mit dem Ausdruck „Copie" zu erkennen gegeben, daß er das früher annullirte Testament aufs Neue errichte; und daß der Gerichtshof, indem er beifügt, es sei die bestrittene Urkunde als Ausdruck des letzten Willens des Testators zu betrachten, von seinem souveränen Rechte einen Gebrauch machte, welcher nicht unter die Critik des Cassationshofs fällt;

In Erwägung, daß der zweite Cassationsgrund seine Widerlegung in demselben Grundsatze findet; daß wenn in der That das irrige Datum eines eigenhändigen Testaments mit Hilfe von Gründen, welche in dem Testamente selbst liegen, berichtigt werden kann, es sich doch anders verhält, wenn das Datum des Testaments regelmäßig und vollständig ist, und dessen Richtigkeit nur aus Gründen und Thatsachen, die außerhalb der Urkunde liegen, bestritten wird; daß dann deren Würdigung und nicht das Datum den Gegenstand des Streits bildet; diese Würdigung aber der ausschließlichen Befugniß der Richter der Thatsachen anheimfällt;

In Erwägung, daß der Cassationskläger den Beweis der Falschheit des Datums des fraglichen letzten Willens in dem Umstande findet, daß der jüngere Flinoy, welchem der Testator ein Legat hinterließ, indem er ihn als seinen Commis bezeichnete, in dieser Eigenschaft erst einen Monat nach dem Tage des Testaments bei ihm eingetreten war;

In Erwägung, daß das Appellationsgericht aus den früheren Beziehungen zwischen Flinoy und C. schloß, daß dieser letztere absichtlich Flinoy eine Eigenschaft beilegte, die er erst in dem Augenblick des Testamentsvollzugs besitzen sollte; daß eine solche Würdigung der Absicht in den ausschließlichen Befugnissen der Richter der Thatsachen liegt.

Hinsichtlich des dritten Cassationsgrundes:

In Erwägung, daß S. C. weder in seiner Klage, noch in seinen in den vorderen Instanzen gestellten Anträgen die Annullirung der den Fiessé betreffenden Testamentsclausel, als seinen Vorbehalt verletzend, verlangte, und den Art. 913 C. N. nicht anrief; daß er sich vielmehr darauf beschränkte, die Nichtigkeit der erwähnten Clausel als Folge des Umstands zu behaupten, daß sie den Bestandtheil eines vordatirten und erschlichenen Testaments bilde; daß hieraus sich ergibt, daß die Gründe des Arret, wodurch der gegen das ganze Testament gerichtete Angriff zurückgewiesen wird, sich auf die gegen Fiessé erhobene accessorische Klage beziehen; also Art. 913 C. N. nicht verletzt wurde.

Hinsichtlich des vierten Cassationsgrunds:

In Erwägung, daß Art. 1016 C. N., wornach die Kosten der Auslieferung des Legats niemals den Vorbehalt verkürzen dürfen, nicht in dem Grade absolut ist, daß er nicht in gewissen Fällen angesichts des Art. 130 Cod. proc., wornach die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat, seine Geltung verlieren müßte;

In Erwägung, daß in dem vorliegenden Falle die Verurtheilung des S. C. in die Kosten, einschließlich der des Auslieferungsbegehrens hinlänglich durch den Umstand begründet ist, daß derselbe die unbedingte Annullirung des Testaments beantragt hatte und mit allen seinen wesentlichen Klagbegehren unterlegen ist.

2.

Sirey 1858. 1. 43.

Die eigenhändige Urkunde, welche zugleich eine Schenkung unter Lebenden und eine Verfügung mortis causâ enthält, kann, wenn sie auch als Schenkung ungiltig

ist, als Testament Wirkung äußern, wenn die testamentarische Bestimmung, für sich allein betrachtet, die gesetzlichen Erfordernisse eines eigenhändigen Testaments vereinigt.

Berenger hinterließ bei seinem am 6. Mai 1850 erfolgten Ableben folgende Urkunde: „Ich Unterzeichneter setze der Clarissa **Leleu** für ihre Lebzeiten eine jährliche Rente von 600 Fr. aus, zahlbar in vierteljährigen Raten, von dem Tage an gerechnet, an welchem sie mein Haus verlassen wird, und im Falle meines Ablebens soll die Rente noch um jährliche 400 Fr. vermehrt werden. Paris den 3. Juli 1837. Gez. Berenger. Fragliche Rente soll an ihrem Wohnsitze ausbezahlt werden. Gez. Berenger.“ Die letzte Zeile vor dem Datum ist zwischen die Linie und später als der übrige Inhalt geschrieben.

Auf Ableben Berengers forderte Clarissa Leleu auf Grund dieser Urkunde, von den Erben desselben die Zahlung ihrer Rente. Sie wurde jedoch in erster Instanz mit ihrer Klage abgewiesen. Auf die von der Legatarin eingelegte Berufung verurtheilte der Appellhof von Paris durch Arret vom 10. Januar 1857 die Erben zur Zahlung einer jährlichen lebenslänglichen Rente von 1000 Franks an die Klägerin:

In Erwägung, daß, da das Testament ein Act ist, durch welchen der Testator über das ganze oder einen Theil seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tode verfügt, die Verfügung, durch welche Berenger seinen Willen aussprach, daß die von ihm für Clarissa Leleu stipulirte Leibrente von 600 Fr. im Falle seines Ablebens um 400 Fr. vermehrt werden solle, wesentlich eine testamentarische Bestimmung enthält; daß das Testament eigenhändig sein kann; daß es zu seiner Giltigkeit nur bedarf, daß es ganz vom Testator geschrieben, unterzeichnet und datirt sei, und daß es nach den Worten des Art. 970 keiner andern Bedingung unterworfen ist; daß im vorliegenden Falle die der Beurtheilung des Gerichtshofs unterstehende Urkunde diese drei Bedingungen vereinigt;

In Erwägung, daß man vergeblich entgegenhält, daß die im ersten Theil der Urkunde enthaltene Schenkung unter Lebenden (die Rente von 600 Fr. betreffend), als nicht vor dem Notar errichtet, nichtig sei; daß dies getrennte Verfügungen von verschiedener Natur sind, jede von selbstständigem Bestand, und bezüglich ihrer Giltigkeit den speziellen, für jede derselben bestehenden Regeln und Formen unterworfen, so daß die Nichtigkeit der einen nicht die der anderen nach sich zieht; daß kein Gesetz entgegenstehe, beide, folgend aufeinander und unter einem Datum, in demselben Texte zu vereinigen, und daß nun eine vernichtet werden muß, weil sie den vorgeschriebenen Formalitäten nicht Genüge leistet, die andere, welche den sie betreffenden besonderen Regeln entspricht, gleichwohl bestehen muß.

In dem von den Erben Berengers hiergegen eingelegten Cassationsgesuche wurde hervorgehoben, die Urkunde enthalte eine Schenkung unter Lebenden, die im Falle des Todes vergrößert werden solle. Sehe man von dem zwischen die Linien geschriebenen Satze ab, so finde man in der Urkunde nur eine donatio inter vivos, die zweifellos nichtig und zudem, weil die vom Testator gesetzte Bedingung nicht eingetreten, hinfällig sei. Mit dem principale müsse aber auch die Schlußbestimmung als das accessorium fallen, da beide der Fassung und dem Gegenstande nach vereinigt seien. Keinenfalls habe der Legatarin eine Rente im höheren Betrag als von 400 Fr. zuerkannt werden dürfen.

Der Cassationshof (Requetenkammer) verwarf das Gesuch durch Arret vom 4 August 1857.

In Erwägung, daß die Urkunde vom 3. Juli 1837 zwei Bestimmungen enthält; die eine, durch welche Berenger der Fräulein Leleu eine lebenslängliche Rente von 600 Fr. aussetzt; die andere, wodurch er diese Rente für den Fall seines Ablebens um 400 Fr. vermehrt; daß die Nichtigkeit der ersteren wegen Mangels der gesetzlichen Formvorschriften, keine Rückwirkung auf die zweite üben kann, welche, für sich selbst betrachtet, die nach Art. 895 zur Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments geforderten Bedingungen vereinigt; daß also durch eine Entscheidung in diesem Sinne das angefochtene Arret keine Bestimmung des Gesetzes verletzt hat; daß aber auch in der Festsetzung der Rente auf 1000 Fr. — abgesehen davon, daß der Betrag der Rente nicht Gegenstand des Streits vor dem Appellhofe war — keine Verletzung liegt, weil der Nichtigkeit der ersteren Bestimmung, auf welche das Arret sich für diese Festsetzung bezieht, da sie nur in der Nichtbeobachtung der Formen, nicht in dem fehlenden Willen des Berenger ihren Grund hat, die Richter nicht hinderte, auf diese Bestimmung zurückzugreifen, um den Betrag der Rente zu erforschen und dem Willen des Testators gemäß zu fixiren.

3.

Eine vollzogene Theilung kann wegen Betrugs von dem persönlichen Gläubiger eines Erben auch dann angefochten werden, wenn dieser Gläubiger gegen die Vornahme der Theilung keine Einsprache erhoben hat, vorausgesetzt, daß es ihm durch betrügerische Collusion der Erben und absichtliche Beschleunigung der Theilung unmöglich gemacht war, Einsprache zu erheben.

So wurde in einem Falle, in welchem die beiden Söhne des Erblassers am Tage nach dem Tode des letzteren, ehe die Gläubiger von dem Ableben Kenntniß haben konnten, die Theilung vornahmen, bei welcher die Liegenschaften, an welchen die Gläubiger für ihre Forderungen an einen der Erben Pfandrechte hatten, dem anderen Erben zugetheilt wurden, von dem Cassationshof durch Arret vom 4. Februar 1857 entschieden. In den Gründen ist bemerkt, daß die Bestimmung des Art. 882, wornach die Gläubiger eines Miterben eine schon vollzogene Theilung nicht anfechten können, unterstelle, daß dieselben Theil nehmen oder Einsprache erheben konnten; andernfalls würde es den Worten und dem Geiste der erwähnten Gesetzesstelle zuwider sein, die Klage der Gläubiger zurückzuweisen, welchen es durch die Handlungsweise ihres Schuldners unmöglich gemacht wurde, diejenigen von dem Gesetz zu ihren Gunsten eingeführten Maaßregeln in Anwendung zu bringen, welche die Vornahme einer Theilung zur Gefährde ihrer Rechte verhindern sollen.

Sir. 1858. 1. 47.

In einer Note zu dieser Entscheidung ist bemerkt, diese Frage könne einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen; es sei nämlich einleuchtend, daß die Erben, welche betrügerische Mittel angewendet, um die Intervention oder Einsprache eines Gläubigers zu verhindern, ihn nicht der Nachlässigkeit beschuldigen und aus seiner Nichttheilnahme, welche in gewissem Sinne ihr eigenes Werk ist, keinen Vortheil ziehen können.

Allein so sehr auch obige Entscheidung der Billigkeit entspricht, so scheint doch der darin ausgesprochene Grundsatz nicht allgemein anerkannt zu sein. Duranton wenigstens, welcher des Falls ausdrücklich gedenkt und einräumt, daß durch Beschleunigung der Theilung Seitens der Erben es den Gläubigern manchmal unmöglich gemacht werden könne, rechtzeitig Einsprache zu erheben, legt kein Gewicht darauf, weil das Gesetz wegen einiger außerordentlicher Fälle ein allgemeines und für die Ruhe der Familien wesentliches Prinzip nicht entbehren zu können geglaubt habe.

Cours de droit français, Brüssel 1833. IV. Bd. No. 506 bis 511 S. 240. — Vrgl. auch die Entscheidung bei Sir. 1838. II. 124: der Erblasser war am 27. Septbr. 1834 gestorben; am 4. Oktober hatten die Gläubiger Einsprache gegen die Erbtheilung erhoben. Die Einsprache wurde als verspätet verworfen, die bereits am 1. Oktober vollzogene Theilung aufrecht erhalten.

Bei Chabot, commentaire sur la loi des successions, II. Bd. pag. 572 (zu Art. 882),

Toullier, droit civil. Brüssel 1824, IV. Bd. No. 412 S. 257. 258,

Poileux, commentaire, III. Bd. pag. 385 (zu Art. 882),

Marcadé, zu demselben Artikel, III. Bd. S. 298 und

Zachariä (Ausgabe von Anschütz), IV. Bd. §. 626 S. 129,

ist obige Frage, ob eine vollendete Theilung dann von den Gläubigern angefochten werden könne, wenn es ihnen durch Verschulden der Erben unmöglich gemacht war, rechtzeitig Einsprache zu erheben, nicht speziell erörtert.

Sie behandeln nur die allgemeine Frage, ob eine vollendete Theilung, gegen deren Vornahme der Gläubiger keine Einsprache erhoben hat, von diesem auf Grund der Gefährde oder des Betrugs (Art. 1167) angefochten werden könne, und verneinen dieselbe, weil letztere Gesetzesstelle auf Art. 882 verweise, welcher die Anwendung des Art. 1167 auf vollzogene Theilungen in bestimmter Weise beschränke. Gerade daraus, daß das Gesetz dem Gläubiger eine Präventiv-Maaßregel an die Hand gegeben, mittelst welcher er den Vollzug von Theilungen zu seinem Nachtheil verhindern könne, ergebe sich, daß, wenn er die Erhebung der Einsprache versäumt, ihm nicht auch noch das gewöhnliche Rechtsmittel des Art. 1167 zustehen könne.

Erkenntnisse in diesem Sinne bei

Sirey, 1833. II. 509,
— 1839. II. 278,
— 1850. II. 23,
— 1852. II. 57.

Dagegen wurde, auch ohne vorgängige Einsprache,

die Anfechtungsklage auf Grund eines zum Nachtheil des Gläubigers stattgehabten Betrugs zugelassen bei

Sirey, 1839. II. 328. (Annalen IX. Jahrgang. Bbl. 8. pag. 30),

— 1839. II. 479,

— 1851. II. 608,

— 1854. II. 506,

weil Betrug und Gefährde einen Vernichtungsgrund bei allen Verträgen bilden, und der Art. 882 eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Gläubiger eine vollzogene Theilung auch nicht wegen Betrugs anfechten könne, nicht enthalte, sich vielmehr auf den Fall einer lediglich zum Nachtheil des Gläubigers geschehenen Theilung beschränke.

Dagegen scheint in dem Punkte Stimmeneinhelligkeit zu bestehen, daß Art. 882 dann nicht entgegenstehe, wenn eine vollzogene Theilung als Scheinhandel angefochten wird.

Siehe die oben citirten Schriftsteller; ferner:

Sirey, 1833. II. 628,

— 1845. I. 284, (Annalen XVI. Jahrg. Bbl. 1. pag. 2),

— 1855. I. 520.

In den zwei ersten Erkenntnissen ist der Begriff einer simulirten Theilung etwas erweitert und damit eine Annäherung zu der milderen, auch eine Anfechtungsklage wegen Betrugs zulassenden Ansicht begründet.

4.

Das Vorzugsrecht, welches Art. 2102 C. N. den Saat- und Erndtekosten an dem Ertrag der Erndte vor dem Eigenthümer einräumt, erstreckt sich nicht auf gelieferte Düngungsmittel, z. B. nicht auf den zur Düngung des Bodens nothwendigen Kalk. Erkenntniß des Cassationshofs vom 9. Novbr. 1857. Sirey, 1858. I. 49.

Gründe: Die Ausdrücke des Gesetzes sind klar und bestimmt; die Worte „sommes dues pour semences" lassen sich ihrem natürlichen Sinne nach nur von Ausgaben für Waizen, Korn und andere der Erde anvertrauten Getreidepflanzen verstehen; und die Worte: „sommes dues pour frais de récolte de l'année" nur von Ausgaben für Einernden und Dreschen des Korns oder andre Einsammlungen und für das in Sicherheit bringen derselben. Es hieße dem Sinn dieser Worte Gewalt anthun, wenn man ihnen die Bedeutung beilegen würde, daß sie alle Summen in sich begriffen, welche, um eine bessere Erndte zu gewinnen, verwendet werden, z. B. auch die für gelieferten Dünger vor der Einsaat; wenn auch den Forderungsansprüchen für letzteren ein Vorzugsrecht eingeräumt sein sollte, so hätte der Gesetzgeber seine Absicht bestimmt aussprechen müssen, wie er dies hinsichtlich der Saat- und Erndtekosten gethan. Es lasse sich aber ein Vorzugsrecht nicht von einem Fall auf den andern ausdehnen.

So entschied bereits der Appellhof von Caen am 28. Juni 1837.

Sirey, 1837. II. 395.

Diese Ansicht wird in einer Note zu ersterem Arret getadelt; es liege darin eine Beschränkung des natürlichen Sinnes des Gesetzes; unter Summen für die Einsaat seien diejenigen zu verstehen, deren man bedürfe, um die Einsaat bewirken, d. h. das Korn in die Erde legen zu können. Dazu zähle aber nicht allein der Preis des Saatkorns, sondern auch die nach dem Bedürfnisse des Ackerbaus verwendeten Düngermittel, die eben so nothwendig als ersteres seien. Die Ansicht, daß unter „sommes dues pour les semences" nur der Preis der Saatfrucht zu verstehen sei, führe consequent dahin, auch dem Aufwand für das Umpflügen das Privilegium zu versagen, was doch gegen die herrschende Ansicht sei.

Letzteres ist richtig, indem denen, welche directen Antheil an der Einsaat oder Erndte nehmen (Dienern, Arbeitern), das Vorrecht des Art. 2102 Ziff. 4 neben dem des Art. 2101 Ziff. 4 eingeräumt wird.

Sirey, 1849. II. 321.

Troplong, commentaire des privilèges. Brüssel 1844. 1. Bd. No. 166.

Duranton, cours de droit français. Brüssel 1834. 10. Bd. No. 99 pag. 272.

Marcadé, commentaires des privilèges. Paris 1856. No. 134 pag. 96.

Ueber die in dem Arret vom 9. November v. Jahrs entschiedene Frage sprechen sich diese Schriftsteller nicht speziell aus; der letztgenannte scheint jedoch die Ansicht des Cassationshofs nicht zu theilen, da er sich allgemein dahin ausspricht: „que la loi ne précisant et ne distinguant pas, ce privilège doit être étendue à toutes les fournitures faites en vue de la récolte."

Zachariä ist der strengeren Ansicht. Siehe Ausgabe von Anschütz II. Bd. §. 261 Note 16.

Vrgl. nach (analog) die Entscheidung bei Sirey 1832. II. 158: daß dem Verpachter das Kaufgeld für die Weinfässer vorgehe, welche angeschaft wurden, um die Weinlese einzuthun.

5.

Paum verfügte in seinem, kurz vor Unternehmung einer großen Reise errichteten, Testamente: „Von dem Wunsche geleitet, der Josephine G. meine Erkenntlichkeit für die aufrichtige Freundschaft zu bezeugen, welche sie seit ihrem Aufenthalt in meinem Hause für mich hatte, zumal sie sich jetzt, da ich abreise in gesegneten Umständen befindet, so will ich, daß sie nach meinem Tode mein Landgut C. in vollem Eigenthum in Genuß habe. Durch diese meine letzte Willenserklärung gebe und vermache ich das bezeichnete Landgut der Josephine G., indem ich will, daß sie es für das Kind, welchem sie das Leben geben wird, bewahre."

Der Appellhof von Angers hielt das Testament aufrecht, weil er darin ein pures Vermächtniß zu Gunsten des Kindes der Josephine G. sah, kraft welchem letztere ihrem Kinde das Eigenthum des Landguts C. nach dem Tode des Testators zu übergeben habe.

Der Cassationshof vernichtete aber dies Urtheil, weil die fragliche Verfügung eine unerlaubte Substitution (Art. 896) enthalte und deßhalb selbst in Beziehung auf den Legatar nichtig sei. Es ergebe sich nämlich aus dem Wortlaute des Testaments, daß der Testator der Josephine G. das Landgut C. für ihre Person geben wollte; daß sie das volle Eigenthumsrecht habe; wenn nun der Testator nicht den Zeitpunkt bezeichnete, zu welchem die Abtretung stattfinden solle, so sei es einleuchtend, daß Josephine G., welche nach den Worten des Testaments das Landgut als Eigenthümerin in Genuß haben solle, Mangels entgegenstehender Bestimmung diesen Genuß während Lebzeiten fortsetzen könne und nur dazu verpflichtet sei, den ihr vermachten Gegenstand nach ihrem Tode ihrem Kinde zu hinterlassen, welchem sie das Gut bis dahin bewahren müsse.

Sirey 1858. I. 74. Arret vom 15. Juli 1857.

6.

Die Bestimmung, wornach ein verwittweter Ehegatte, der aus der ersten Ehe Kinder hat und eine zweite Ehe nach dem Dotalsystem mit Festsetzung einer Errungenschaftsgemeinschaft eingeht, seinem zweiten Ehegatten durch Ehevertrag außer einem Kindestheil an seinem Nachlasse noch die Nutznießung der aus den Schenkgeber kommenden Hälfte der Güter der Errungenschaftsgemeinschaft einräumt, enthält hinsichtlich der letzteren Verfügung einen vom Gesetz verbotenen, den Pflichttheil der Kinder verletzenden Vortheil. Art. 1098.

Das Gericht erster Instanz war anderer Ansicht. In dem vorliegenden Falle war es die Frau, welche die zweite Ehe eingegangen und die angefochtene Disposition zu Gunsten ihres zweiten Mannes getroffen hatte. Das Civiltribunal argumentirte so: Unter der Herrschaft des Dotalsystems genießt der Mann ausschließlich die aus den Einkünften der Dotalgüter oder mit Hilfe der gemeinschaftlichen Arbeit der Ehegatten gemachten Ersparnisse. Wird mit diesem System eine Errungenschaftsgemeinschaft verbunden, so hat dies eine Beschränkung der dem Mann zukommenden Vortheile zu Gunsten der Frau zu Folge. Diese Begünstigung liegt aber nicht im Gesetz, nicht im Dotalsystem; die Stipulirung der Errungenschaftsgemeinschaft hätte ebensogut unterbleiben können; dadurch daß sie festgesetzt ward, wurde der Frau ein Recht bewilligt, das sie an und für sich nicht hatte; es konnte ihr also auch beschränkt verliehen werden. Durch jene Clausel des Ehevertrags wird der Frau nicht die Nutznießung entzogen, sondern ihr eben nur das nackte Eigenthumsrecht an der Errungenschaft bewilligt. Mithin involvirt jene Verfügung nicht eine Schenkung für den zweiten Ehemann und ist also aufrecht zu erhalten.

Dagegen ist das abändernde Arret des Appellhofs von Rouen vom 20. Juni 1857 in folgender Weise begründet: Die Beschränkung, welche Art. 1098 für den Ehegatten, der Kinder aus erster Ehe hat, enthält, gilt für jedes Güterrecht, das die Ehegatten wählen. Nach Art. 1581 ist die mit der Ehe nach Dotalrecht verbundene Gemeinschaft der Errungenschaft eine Gemeinschaft, welche, hinsichtlich deren Einschränkung, den für die gesetzliche und vertragsmäßige Gemeinschaft bestehenden Bestimmungen unterworfen ist (Art. 1496. 1527). Aus der Vereinigung dieser Artikel ergibt sich, daß wenn die Bestimmungen des Ehevertrags die Wirkung haben, daß derjenige, welcher keine Kinder aus früherer Ehe hat, Vortheile, welche über einen Kindestheil hinausgehen,

erhält, diese Vortheile, vereinigt mit dem Kindstheil, auf das gesetzliche Maaß zurückgeführt werden müssen.

Aus dem Umstande, daß die Ehegatten durch Festsetzung des reinen Dotalsystems die Frau jedes Anspruchs auf das Produkt ihrer gemeinsamen Arbeit und die Ersparnisse aus den Einkünften berauben könnten, folgt nichts für vorliegenden Fall, in welchem dieselben das Dotalsystem modificirt und eine Errungenschaftsgemeinschaft damit verbunden haben.

In einer Note zu den Entscheidungen über diese neue Rechtsfrage ist bemerkt, daß sich die Unrichtigkeit der Entscheidungsgründe des Erstinstanzgerichts schon daraus ergebe, daß dieselben nur auf den Fall passen, wenn es die Ehefrau ist, welche eine Verfügung der oben erwähnten Art trifft.

Sir. 1858. II. 33.

II.

Grobe Verunglimpfung als eine der Ehescheidungsursachen des L.R.S. 231.

Sorn gegen Sorn.

Der Ehemann klagte auf Scheidung, weil die Frau sowohl mündlich ausgesagt, als in einer Eingabe an ihr Pfarramt schriftlich erklärt habe, daß er sie habe vergiften wollen; er bezeichnete diesen Vorwurf als eine grobe Verunglimpfung, welche im L.R.S. 231 als Scheidungsursache zugelassen sei.

Obgleich nun über den Beweis dieses Klaggrundes kein Zweifel herrschte, so wurde doch der Kläger durch hofgerichtliches Urtheil vom 10. Mai l. J. abgewiesen und dieses Urtheil auf den Recurs desselben unterm 25. October l. J. vom großh. Oberhofgerichte bestätigt, weil beide Gerichtshöfe davon ausgingen, daß bei der richterlichen Beurtheilung, ob dadurch eine Scheidungsklage als begründet erscheint, auf die Umstände des einzelnen Falles Rücksicht genommen werden müsse. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe bemerken dazu: „In dem vorliegenden Falle sind nun aber, wie dies in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen dargethan worden ist, die Vorfälle, über welche erhebliche Zeugenaussagen vorliegen, nach Veranlassung und Zweck der Aeußerungen der Beklagten nicht von der Art, daß sie als arglistig ausgestreute Verdächtigungen betrachtet werden könnten, sie stellen sich vielmehr als vertrauliche Mittheilungen an Verwandte, Hausgenossen und Fremde dar, denen die Beklagte ihr Leid klagte, und von welchen sie Rath und Aufklärung über ihre auf thatsächliche Wahrnehmungen gestützte Befürchtungen zu erhalten suchte; daß die damit verbundenen Mittheilungen durch einen wirklich vorhandenen Zustand der Beängstigung hervorgerufen worden sind, ist um so mehr zu unterstellen, als nach den Aussagen der Zeugen N. N. es des Zuspruchs bedurfte, die Beklagte über ihre Besorgnisse zu beruhigen und solche ihr auszureden.

Dafür, daß der Inhalt ihrer Mittheilungen den Weg zur Oeffentlichkeit fand, ist die Beklagte nicht verantwortlich ꝛc.

D. R.

III.

Erlöschende Verjährung.

Zur Auslegung des L.R.S. 2277.

(Annalen XXV. 359.)

Gegenstand der Klage war seit 1848 rückständiges Gabholz. Dieser Klage wurde unter andern die Einrede der Verjährung hinsichtlich aller über 5 Jahre alten Rückstände entgegengesetzt, die jedoch der höchste Gerichtshof nicht als begründet ansah, indem die Entscheidungsgründe zu seinem Urtheile vom 16. November l. J. in Sachen von Bettendorff gegen Walldorf hierüber bemerken:

„Die auf Grund des Satzes 2277 des Landrechts vorgeschützte Einrede der Verjährung der mehr als fünf Jahre alten Holzrückstände ist unbegründet, weil nach der eigenen Behauptung der Beklagten die Holzgabe nicht jährlich, also nicht in Zeit und Ziel, sondern nach den Worten des Vergleichs vom Jahr 1533 nur „so man das Holz ausgeben thut" verabreicht wird."

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. **No. 48.**

I.

Wechselrechtsfall.

No. II. [1])

Klage des Ausstellers gegen den Bezogenen auf Grund der Annahme.

Inwieweit ist dieselbe ohne Präsentation des Wechsels zulässig? inwieweit der Anspruch auf Verzugszinsen begründet?

D. W.O. §. 44. 39. 40. Pr.O. §. 330. 704.

Das Handlungshaus Leopold Levinger in Ulm zog am 5. Juli 1858 auf Dreifuß und Sondheimer in Eppingen einen an die eigene Ordre des Ausstellers 1 Monat nach Ausstellung (a dato) zahlbaren Wechsel im Betrag von 92 Gulden 48 kr., und es nahm der Bezogene diesen den Erfordernissen der d. W.O. entsprechenden Wechsel gemäß §. 21 dieses Gesetzes an. Eine Weiterbegebung des Wechsels (Indossirung) fand nicht Statt.

Ohne daß eine Präsentation des Wechsels, oder auch nur irgend eine Anforderung an den Bezogenen vorhergegangen war, erhob der Wechselaussteller sodann, da bis zum 12. August die Zahlung des Wechselbetrags nicht erfolgt war, eine auf Zahlung dieses Betrages binnen 3 Tagen sammt 6 pCt. Verzugszinsen vom Verfalltag gerichtete Wechselklage gegen den Bezogenen, gestützt auf obige Thatsachen und die besondere Vorschrift des §. 44 der d. W.O., wonach es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten, mit Ausnahme des in §. 43 vorgesehenen, hier allerdings nicht vorliegenden Falles eines domicilirten Wechsels [2]) weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes bedarf.

Der Beklagte, welcher den vorgelegten Wechsel und die ganze Klage sonst als richtig anerkannte, berief sich vergeblich darauf, daß ihm der Wechsel seit der Annahme und der Verfallzeit gar nicht präsentirt wurde, und ihm bisher gar nicht bekannt war, ob der Wechsel in Umlauf gesetzt war oder nicht, somit schon deßhalb von ihm keine Zahlung geleistet werden konnte, daß er übrigens zur Zahlung bereit sei, der Beklagte aber die Kosten zu tragen habe. Das Untergericht verurtheilte ihn nichts desto weniger im Hinblick auf den erwähnten §. 44 nach dem Begehren der Klage und zugleich in alle Kosten.

Es bezahlte sodann der mit wechselmäßiger Vollstreckung bedrohte Beklagte den Wechselbetrag an Kläger, führte jedoch bei der von ihm rechtzeitig ergriffenen Appellation in der Beschwerdeschrift aus, daß dieses nur geschehen sei, weil ihn das Urtheil hiezu genöthigt habe, wogegen der Kläger gemäß L.R.S. 1338 und 1338a die Berufung hiewegen als ausgeschlossen hinzustellen suchte. In der Sache selbst aber ging das Begehren des appellirenden Beklagten auf Abweisung der Klage oder mindestens Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Einklagung, indem er geltend machte, seine Verurtheilung zur Zahlung des Wechselbetrages an den Kläger, ohne daß dieser ihm den quittirten Wechsel zur Zahlung präsentirte oder präsentiren ließ, enthalte eine Verletzung des §. 39 Absatz 1 der d. W.O, woran §. 44 nichts ändere; hiedurch sei er genöthigt worden, jenen Betrag an dem Wohn-

[1]) Vergl. Nr. 34 S. 269 des Jahrg. XXV dieses Blattes.

[2]) Ein gezogener Wechsel ist domicilirt (ein Domicilwechsel), wenn darin ein vom Wohnorte des bezogenen verschiedener Zahlungsort angegeben ist. D. W.O. §. 24.

ort des **Klägers**, statt an seinem eigenen und mit Zinsen vom Verfalltage zu bezahlen, ohne den Wechsel quittirt ausgehändigt zu erhalten, welcher noch unquittirt bei den Klagakten liege und jeder Zeit vom Kläger zurückgenommen werden könnte; wolle man die Einklagung selbst die Stelle der Präsentation vertreten lassen, so fielen jedenfalls die Kosten auf den Kläger.

Daß der Beklagte durch den unterrichterlichen Spruch wesentlich beschwert und die fragliche Auslegung des Wortlautes des §. 44 der d. W.O. unrichtig erschien, konnte bei der oberrichterlichen Prüfung des Falles nicht lange ein Gegenstand des Zweifels sein. Nur darüber konnte in der Hauptsache eine Verschiedenheit der Ansichten aufkommen, ob etwa die Klage wegen des vorliegenden Mangels als völlig verwerflich zurückzuweisen, oder nur die Verurtheilung des Beklagten auf eine dem richtigen Sinne des Gesetzes entsprechende, dem Interesse des Beklagten genügende Weise zu beschränken sei.

Der entscheidende Gerichtshof (das Hofgericht des **Mittelrheinkreises**) zog aber, obwohl auch die erstere Ansicht geltend gemacht wurde, im Hinblick auf den jetzigen Stand der Sache und auf den im badischen Prozeß durchgeführten Grundsatz möglichster Verbesserung der zu weit gehenden Klaggesuche durch geeignete Maaßbeschränkung im Urtheil [3]), den letzteren Weg vor, indem es unter Verfällung des Klägers, Appellanten, in alle Kosten beider Rechtszüge das amtsgerichtliche Urtheil dahin abänderte:

daß die beklagte Handlung nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels und an ihrem Wohnorte schuldig sei, dem Kläger den Betrag von 92 fl. 48 kr. nebst 6 Prozent Verzugszinsen vom 5. Aug. d. J. binnen 3 Tagen bei Vermeidung wechselmäßiger Vollstreckung zu bezahlen.

In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen wurde dargelegt, daß die Appellation des Beklagten zuläßig und in der Hauptsache auch begründet erscheine, der Gerichtshof sprach sich darin aus, wie folgt:

„Was die Frage der **Zuläßigkeit** betrifft, so kann der an sich statthaften Berufung der Umstand nicht entgegenstehen, daß der Beklagte, welchem nach Maaßgabe des Pr.O. §. 704 wegen Mangels aufschiebender Wirkung seines Rechtsmittels die wechselmäßige Vollstreckung drohte, einstweilen dem angefochtenen Urtheil Folge leistete. Eine **freiwillige** Erfüllung im Sinne und mit den Wirkungen des L.R.S. 1338. 1338 a ist hier überall nicht vorhanden.

Was aber die **Sache selbst** betrifft, so ist die vom Kläger geltend gemachte Auslegung und Anwendung des §. 44 der d. W.O., welcher sich nur auf die **Erhaltung des Wechselrechtes** gegen den Acceptanten bezieht, offenbar eine unrichtige, denn es ergibt sich aus der Natur des Wechsels selbst, wie sie auch in der d. W.O. anerkannt ist, und aus verschiedenen anderen Bestimmungen dieses Gesetzes, wie namentlich §. 4 Z. 8, §. 39 und 40, daß in jedem Falle eine Anforderung der Zahlung am Wohnort des Bezogenen (sofern dieser, wie hier, der Zahlungsort ist) vorausgesetzt wird, was auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklange steht, und bei der Möglichkeit der Weiterbegebung des Wechsels um so nöthiger erscheint. Nach §. 39 geschieht auch die Zahlung gegen Aushändigung des quittirten Wechsels. Der Kläger hätte somit sich mit dem Wechsel zur Zahlung melden müssen, bevor er klagend auftrat. Wenn er erst durch die Einklagung selbst sich zur Zahlung meldete, so kann der hiedurch unnöthig herbeigeführte Kostenaufwand dem Beklagten nicht zur Last fallen, es darf aber auch dem Bezogenen nicht die Last der Zahlung an einem anderen Orte aufgenöthigt und nicht das Recht auf Aushändigung des quittirten Wechsels entzogen werden.

In diesen Richtungen ist daher das Urtheil des Amtsrichters zu Gunsten des Beklagten durch eine der Sachlage entsprechende wesentliche Beschränkung der Verurtheilung abzuändern.[4])

[3]) In §. 330 der jetzigen Pr.O. ist dieser, auf Vermeidung unnöthiger Nachprozesse hinarbeitende Grundsatz im weitesten Maße anerkannt. Er ist ein Ausfluß ächter gesetzgeberischer Weisheit und von wohlthätigster Wirkung, da er das Nachwachsen neuer Köpfe der Prozeß-Hydra verhindert. Durch den Ausspruch: „**Es dürfen jedoch solche Thatsachen, welche die Fälligkeit des Klaganspruchs oder andere Voraussetzungen der Einklagung bedingen, bei der Urtheilsfällung auch dann beachtet werden, wenn sie erst im Laufe des Rechtsstreites eingetreten sind**, in Verbindung mit dem weiter folgenden Satz des §. 330 ist dem Richter deutlich angezeigt, in welcher Richtung der rechte Weg in solchen Fällen zu suchen ist. Das hofgerichtliche Urtheil erschien daher allerdings auch von diesem Gesichtspunkte wohl gerechtfertigt. Vergl. übrigens auch die folgende Note.

[4]) Vergl. **Hauser** im Archiv für das Wechselrecht, Bd. VI. S. 55, besonders auch Note 6. Dort ist ausgeführt, wie der Wechselinhaber gegenüber dem Acceptanten eines gezogenen Wechsels eine

Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen ist gleichwohl gemäß H R S. 109 c und d. W.O. §. 30 verglichen mit §. 40 und 50 begründet.

Hinsichtlich der Kosten gibt Pr.O. §. 167. 168 Maaß."

In Bezug auf die Verzugszinsen, die in obigem Falle von sehr geringer Bedeutung und daher nicht Gegenstand besonderer Erörterungen waren, ging der Gerichtshof, indem er sie vom Verfalltag des Wechsels dem Kläger zusprach, hauptsächlich davon aus, daß in Handelssachen Verzugszinsen vom Verfalltage an laufen, ohne vorgängige Zahlungsanforderung, und daß der Bezogene, welcher die Hinterlegung des Wechselbetrags gemäß d. W.O. §. 40 nicht bewirkte, inzwischen auch Vortheil aus dieser Summe ziehen konnte.

Diese Entscheidung der Zinsfrage entspricht der Ansicht, welche vertheidigt ist, in

Gelpke's Zeitschrift für Handelsrecht, Heft II. No. VII. S. 163,

und welche auch in der Praxis mehrerer bairischen Wechselgerichte vorherrschend sein soll.

Vrgl. Archiv für d. Wechselrecht, Bd. 6. S. 59. Note 16.

Es wird jedoch gegen obige Auffassung in Betracht kommen, daß hier zunächst die wechselrechtlichen Grundsätze, nicht die des Handelsrechtes, entscheiden, und daß wechselrechtlich nicht schon der Eintritt des Verfalltages die Zahlung des Wechselbetrages mit sich bringt, vielmehr die Vorzeigung des Wechsel, beziehungsweise die Anmeldung von Seiten des Wechselinhabers als thatsächliche Voraussetzung für die Erfüllung der allerdings schon bestehenden Wechselverbindlichkeit hinzukommen muß, weßhalb die Verzugszinsen erst von der Zeit der erfolglosen Präsentation, beziehungsweise Anmeldung, sich rechtfertigen. Die Hinterlegung des Wechselbetrages, wie sie in d. W.O. §. 40 vorgesehen ist, erscheint nur als ein Recht, nicht als eine Pflicht des Acceptanten, welcher sehr oft gar nicht weiß, wer den Wechsel in Händen hat, und gegen wen er die Hinterlegung bewirken soll, und was

an die Vorschrift des §. 41 der d. W.O. nicht gebundene Präsentation innerhalb der Verjährungszeit zu beobachten hat, zur Begründung des wechselrechtlichen Anspruches aber, mithin zur gerichtlichen Geltendmachung desselben, diese Präsentation nicht erforderlich ist, sofern nicht etwa nach particularrechtlicher Prozeßvorschrift außer der Fälligkeit der Forderung noch eine vorausgehende gütliche Mahnung nöthig erscheinen sollte.

im §. 50 in Bezug auf die Regreßansprüche des Wechselinhabers im Falle eines Mangels der Zahlung protestirten Wechsels bestimmt ist, wird hier keine Anwendung finden können, wo nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger eine Säumniß zur Last fällt.

Mehrere züricherische Entscheidungen in diesem Sinne sind mitgetheilt im

Archiv für d. Wechselrecht, Bd. III. S. 342 und Bd. V. S. 433.

Vrgl hiezu und zum Theil auch über die Hauptfrage Band VI. S. 55. 59 ebendort.

Hoffmann im Archiv prakt. Rechtswissenschaft, Bd. V. S. 1—35.

Buschke, Entscheidungen des mecklenburgischen Oberappellationsgerichts Bd. I. S. 58.

Das kön preußische Obertribunal hat nach einer in Bd. VI. S. 268—270 des Archivs für d. Wechselrecht mitgetheilten Entscheidung vom 29. April 1856 den Acceptanten ungeachtet der am Verfalltage nicht erfolgten Präsentation des Wechsels zur Zahlung von Verzugszinsen vom Verfalltage für verpflichtet erklärt, jedoch nur aus dem besonderen Grunde, weil derselbe zur Zahlung an diesem Tage nicht nur nicht bereit war, sondern vielmehr es auf den Prozeß ankommen ließ und in diesem seine Verbindlichkeit überhaupt, die Instanzen hindurch bestritt.

Eduard Brauer.

II.

Der Erbe, welcher eine (wegen Untheilbarkeit) gerichtlich versteigerte Liegenschaft der Erbmasse zugeschlagen erhält, ist nach L.R.S. 883 so anzusehen, als habe er sie unmittelbar und allein geerbt.

Nach dem Tode des Inhabers eines Hofguts fiel dieses an seine Kinder, als gesetzliche Erben desselben, mußte aber der Theilung wegen öffentlich versteigert werden, weil zwei der Erben noch minderjährig waren und das Gut als Erblehen und geschlossenes Hofgut nach §. 2. 3 der landesherrlichen Verordnung vom 23. März 1806 Reg.Bl. No. 11 untheilbar ist.

(L.R.S. 827. 466. 838. 839.)

Bei dieser am 26. Februar 1857 abgehaltenen Versteigerung, welche mit ausdrücklicher Erwähnung der Erb-

bestands- und Handlohnsiaft geschah, erhielten zwei der Erben, das Gut um das höchste Gebot von 20,500 fl. zugeschlagen, und die fürstl. Leiningen'sche Generalverwaltung ertheilte derselben Namens der Obereigenthümerin am 2. März v. J. die Genehmigung, verlangte aber auch, daß die Beklagten, da sie mittelst Kaufs in das Gut eingetreten seien, den für diesen Erwerbstitel bedungenen Handlohn zahlen.

Für diesen von den Steigerern beanstandeten Anspruch wurde vor Gericht angeführt, daß bei dem Geding von Handlohn für Verkaufsfälle, keine Ausnahmen mit Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Käufers und dessen Verhältniß zu den Verkäufern gemacht worden sind, daß sonach jeder Erwerb durch Kauf, gleichviel durch welche Person, zur Zahlung des Handlohns an den Lehenherrn verpflichte, daß die Veranlassung zur Veräußerung des Guts und die Wirkung derselben unter den Erben, ebenso der zufällige Umstand, daß zur Nachfolge in das Gut berufene Erben und nicht Fremde den Zuschlag erhielten, den Obereigenthümer als Dritten nicht berühre; daß die Beklagten das Gut nicht durch den Titel des Erbrechts, sondern durch den des Kaufs erworben und zudem noch in die Versteigerungsbedingung eingewilligt haben, worin dem Käufer Zahlung des Handlohns zur Pflicht gemacht werden sei.

Allein der dritte Senat des Hofgerichts des Unterrheinkreises, welcher in zweiter Instanz zu entscheiden hatte, nahm (in der Mehrheit) an, diesen Gründen, welche zu Gunsten des klägerischen Anspruchs geltend gemacht wurden, stehe eine überwiegende Rechtsdichtung (Fiction des Gesetzes) entgegen, nach welcher der Eintritt der Beklagten in das Gut nicht auf einer Singularsuccession durch belasteten Vertrag in die Rechte der Erben des letzten Gutsinhabers, sondern, des Kaufes ungeachtet, auf einer allgemeinen Rechtsnachfolge kraft Intestaterbrechts beruhe.

Miterben bekommen nämlich nicht schon durch den Anfall der Erbschaft Rechte auf einzelne Stücke derselben, sondern nur eine Anwartschaft auf einen verhältnißmäßigen Theil der Erbmasse, L.R.S. 745, des Miteigenthums pro indiviso (chaque atome de chacune des choses héréditaires était la propriété commune de tous, Marcadé ad art. 883. I.), und können die Ausmittlung und Zuscheidung ihres Antheils im Stück durch Theilung von ihren Miterben verlangen; sie haben aber keinen Anspruch auf ein verhältnißmäßiges Stück von einer untheilbaren Sache. L.R.S. 826. 577 bg. Annalen 1837. No 44. II. R.R. S 264.

Diese kann vielmehr nur von Einem derselben oder von Mehreren der Erben, die unter sich in Gemeinschaft bleiben wollen, im Stück erworben werden, wogegen dieser oder die mehreren Miterben den übrigen den Antheil derselben am Werthe der untheilbaren Sache auszufolgen und sie dadurch gleichzustellen haben. Wo also die Theilung nicht einfach im Stücke vollzogen werden kann, sondern ein untheilbarer Bestandtheil der Erbmasse Einem oder dem Andern allein bleiben und dieser seine Miterben durch Ausfolgung seines Antheils am Werthe abfinden muß (Annalen 1838 No. 15. II. S. 96 R.R. ***), da kann dies entweder im Wege gütlicher Uebereinkunft oder außergerichtlicher Versteigerung unter den Erben oder öffentlicher gerichtlicher Versteigerung, bei welcher auch fremde Steigerer zugelassen sind, L.R.S. 839, geschehen.

Die letztere Form des Vollzugs der Theilung bezüglich eines an sich untheilbaren Erbschaftsstücks unterscheidet sich von der Versteigerung, welche die Erben unter sich mit Ausschluß Dritter vornehmen, nur dadurch, daß derjenige Miterbe, welcher das zur Versteigerung kommende, im Stück untheilbare, Erbschaftsstück sich zu erhalten wünscht, nicht blos die Concurrenz seiner Miterben, sondern auch fremder Liebhaber zu überwinden, auch diese Fremden zu überbieten und deßhalb vielleicht einen höheren Preis für die Sache zu zahlen hat. Durch die Versteigerung unter den Erben wird nur bestimmt, welcher Erbe, durch die Versteigerung aber, bei welcher auch Fremde zugelassen sind, wird bestimmt, ob ein Erbe und welche derselben das fragliche Stück der Erbmasse erhalte.

Wenn aber sein Gebot das höchste bleibt und er demzufolge den Zuschlag erhält, so erscheint auch solch ein Versteigerungsact nur als eine Form der Erbtheilung, Sirey VIII. II. 132 vergl. L.R.S. 888 und der steigernde Erbe wird nach L.R.S. 883 so angesehen, als habe er die Sache kraft Erbrechts allein und unmittelbar von dem Erblasser, und nicht mittelbar kraft besonderen belasteten Vertrags erst von seinen Miterben *) erworben. Denn derjenige Erbe, welcher bei der Versteigerung eines Be-

---

*) Seinen Antheil kann er sich nicht selbst abkaufen, seine Miterben können ihm nur ihren, aber nicht auch seinen Antheil verkaufen; er erwirbt durch den Kauf zu seinem Antheil nur den übrigen; ihm gegenüber findet also nicht ein Verkauf der ganzen Sache statt!

standtheils einer Erbschaft, zu welcher er mitberufen ist, denselben zugeschlagen erhält, hat nur die Zutheilung dieses Stücks der Erbschaft, an welcher er Theil hat, an sich selbst durchgesetzt und in solchem Falle bildet die Versteigerung, wenn sie auch eine gerichtliche öffentliche war, nur einen Bestandtheil des Theilungsverfahrens.

Zachariä §. 625 vor und in Note 2. §. 197 verb.:

„Eine jede Theilung und ein jeder, die Stelle einer Theilung vertretende, Act hat die rechtliche Wirkung, daß der Gemeinschaftsgenosse, auf welchen kraft der Theilung eine gemeinschaftliche Sache oder ein Theil einer gemeinschaftlichen Sache fällt, diese Sache ganz so besitzt, als ob er gleich anfangs, als die Sache zuerst Gemeingut wurde, ausschließlich und allein Eigenthümer der Sache gewesen wäre."

vrgl. Note 24 und 27 zu diesem §. 197.

Chabot, des successions. T. II. ad art. 883 p. 579:

„Tout ce qui vient être dit à l'égard du partage, s'applique également à la licitation, qui n'est qu'un mode de partage."

„Divisio vel assignatio postea inter eos secuta non videtur esse nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex eis, quae inter eos, quibus est res communis, permittitur."

„l'héritier adjudicataire est censé, avoir succédé seul et immédiatement à tous les immeubles, qui lui sont échus par la licitation et que les autres héritiers sont censés n'avoir jamais eu la propriété de ces immeubles."

Marcadé ad art. 883. I.:

„chaque cohéritier est censé, après que l'indivision de choses a cessé, avoir été „ab initio" le propriétaire unique de tous les biens qu'il se trouve avoir par l'effet du partage; et en conséquence, il est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur les choses échues à ses copartageants."

„Et non-seulement le principe s'applique à tout partage d'objets communs, mais il s'applique aussi à tout acte qui, sans être un partage proprement dit, produit les effets d'un partage en faisant cesser l'indivision par l'attribution divise et exclusive des objets précedemment indivis quelles que soient d'ailleurs la forme et la qualification de cet acte."

„— des — la que l'indivision des chose cesse, il y a partage."

Bolleux, commentaire ad art. 883. T. III. pag. 392:

„La loi considère la licitation comme un partage."

— pag. 393:

„Lorsque l'immeuble a été adjugé à l'un des copropriétaires, on ne considère plus la licitation comme une vente, mais comme une manière d'opérer le partage."

Allerdings wirkt diese Fiction zuerst nur gegenüber den Miterben, aber das kraft derselben unter ihnen festgestellte Rechtsverhältniß wirkt auch gegen Dritte als feststehende Thatsache, so daß die, welche aus der Form eines solchen Theilungsacts Rechte ableiten zu können glauben, ihn seiner Eigenschaft als Theilungsact nicht entkleiden und isolirt auffassen können.

So kann denn auch der klagende Obereigenthümer nicht behaupten, die Beklagten haben das Gut durch Kauf erworben und deßhalb Handlohn fordern, während kraft gesetzlicher Fiction nicht nur unter den Erben, sondern auch gegenüber jedem Dritten die durch Versteigerung vollzogene Erbtheilung als Erwerbstitel gilt. S. auch R.N. in Annalen 1837 No. 44. II. S. 264.

Die hieraus sich ergebende Unbegründetheit der erhobenen Klage entspricht auch der in L.R.S. 1831 bb kundgegebenen Ansicht, daß in der Regel nur der nicht erbberechtigte Besitzer, welcher durch Veräußerung in den Bestand tritt, für die Aufnahme zum Gut an den Grundeigenthümer Handlohn zahlen solle.

Das amtsgerichtliche, dem Klaggesuch entsprechende Urtheil wurde daher in zweiter Instanz dahin abgeändert, daß die Klägerin mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Die gegen dieses Urtheil angezeigte Oberberufung wurde nicht ausgeführt. Stf.

III.

Darlehen, Geschäftsführung, Nutzverwendung.

(Annalen XXV. 103.)

Durch die Klage war die Stadtgemeinde Gernsbach auf Zahlung von 1090 fl. belangt, welche die Handlung Grötz und Wielandt im Jahr 1848 und 1849 zur Anschaffung von Gewehren für die dortige Bürgerwehr vorgeschossen hat.

In erster und zweiter Instanz wurde auch die Gemeinde, Einwendens ungeachtet, zur Zahlung verurtheilt, auf die von ihr ergriffene Oberberufung aber am 10. November l. J. von großh. Oberhofgerichte abändernd zu Recht erkannt, daß die klagende Handlung mit ihrer Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger behaupten, in den Jahren 1848 und 1849 der beklagten Gemeinde in zweimalen die Gesammtsumme von 1090 fl. zum Zwecke der Ausrüstung der Bürgerwehr verabfolgt zu haben, und verlangen nun mit der erhobenen Klage jenen Betrag nebst Zinsen aus dem Titel der Darleihe, oder doch — in einem Nachtrage zur Klage — da fragliches Geld in den Nutzen der Gemeinde verwendet worden sei, auf den Grund einer nützlichen Geschäftsführung von der Gemeinde zurück.

Es haben nun aber schon die Richter der vorderen Rechtszüge mit allem Grunde ausgesprochen, daß der Titel der Darleihe verwerflich sei, weil es an den gesetzlichen Voraussetzungen der Gültigkeit eines für die Gemeinde aufgenommenen Darleihens fehle, nemlich an der Einwilligung der Gemeinde selbst und an der Genehmigung der Staatsbehörde — hier nach der Verordnung vom 17. Juli 1833 §. 3 lit. g der großh. Kreisregierung — deren es in Gemäßheit der §§. 82 und 151 der Gemeindeordnung für Geldaufnahmen, wie sie die Klage näher bezeichnet, bedarf.

Das Vorhandensein jener Voraussetzungen ist klägerischer Seits auch gar nicht behauptet worden, es wurde vielmehr in Folge der in Bezug darauf stattgefundenen Ausübung des richterlichen Fragerechts in erster Instanz die Nothwendigkeit der Beobachtung jener Gesetzesvorschriften mit Hinsicht auf Erlasse der höchsten Staatsbehörden bestritten, woraus sich genügende Auflagen und beziehungsweise Genehmigungen in Bezug auf die in Frage stehenden Anschaffungen der beklagten Gemeinde ergeben sollten.

Allein in diesen Erlassen kann um so weniger ein Ersatz für die gedachten Gesetzesbestimmungen gefunden werden, als dieselben nur Aufforderungen zur Anschaffung und Zahlung der Ausrüstungsgegenstände enthalten, die Frage der Art und Weise der Beischaffung der Zahlungsmittel aber gar nicht berühren, und als andererseits, wenn je die Bestimmung darin gefunden werden könnte, daß die Zahlung von der Gemeinde oder aus Gemeindsmitteln zu erfolgen habe, hierin eine unbefugte Abänderung oder Außerachtlassung bestehender Gesetzesvorschriften läge, insoferne aber jenen Erlassen keine Rechtswirkung beigelegt werden könnte.

Was nun den zweiten Titel betrifft, auf dem die erhobene Klage beruht, so können allerdings auch für eine Gemeinde durch die Handlung eines Dritten Verbindlichkeiten begründet werden, wenn dadurch ein Nutzen, eine Vermögensverbesserung oder Zuwachs für die Gemeinde wirklich herbeigeführt wurde, — aber auch nur insoferne, als Letzteres der Fall ist. Es beruht dann diese Verbindlichkeit auf dem Grundsatze, daß Niemand durch den Schaden des Andern sich bereichern darf — ein Grundsatz der nicht nur in allgemeinen Rechtsprinzipien seine Begründung findet, sondern auch in besonderen gesetzlichen Vorschriften, wie den L.R.S. 1357 a. 1241. 1312. 1926, wonach auch solche Personen aus jenem Grunde verbindlich gemacht werden können, die sonst nicht, oder — wie die Gemeinden — nur unter gewissen Beschränkungen vertragsfähig sind.

Auf diesem Gesichtspunkte beruht nun die diesseitige Verfügung vom 22. Februar d. J., wodurch den Klägern die nähere Begründung des lediglich dahin aufgestellten Klaggrundes „daß das bei den Klägern aufgenommene Geld in den Nutzen der Gemeinde verwendet worden,“ nachgelassen wurde.

Dieser Auflage suchten die Kläger mit der Erklärung zu genügen, „daß zwar die Gemeinde weder nach dem Bürgerwehrgesetze eine Verbindlichkeit, noch auch die Absicht gehabt habe, aus eigenen Mitteln die Ausrüstungsgegenstände anzuschaffen, vielmehr nur vorschußweise die Anschaffung besorgen gewollt habe; daß sie jedoch durch den Ankauf nach Ansicht der §§. 11 und 41 des gedachten Gesetzes Eigenthümerin jener Gegenstände geworden sei, und durch das Geld der Kläger einen Vermögens-

zuwachs erhalten habe, der jetzt noch vorhanden sei, indem die Gemeinde, je nachdem die einzelnen Bürgerwehrmänner, welchen jene Gegenstände abgegeben worden, solche bereits an die Gemeinde bezahlt hätten, oder nicht, sich im Besitze des Geldes oder des Forderungsrechtes befinde."

In dieser Ausführung liegt nun aber auch der Grund der Verwerflichkeit des zweiten Klaggrundes. Darnach zerfallen nemlich sofort schon die beiden möglichen Fälle eines durch die, mittelst fremden Geldes bewirkte Anschaffung der Gemeinde zugegangenen Nutzens. Daß sie selbst entweder wirklich eine Verbindlichkeit zur Anschaffung, oder aber ohne eine solche Verbindlichkeit die Absicht gehabt und den Beschluß gefaßt haben sollte, die Anschaffung wirklich für sich selbst zu machen, — in welch' beiden Fällen ihr ein Vortheil durch die Handlung oder die Mittel des Dritten zugegangen wäre, den sie sich selbst zu verschaffen gehabt hätte, folglich nun auch Ersatz dafür leisten müßte, denn nach der eigenen Ausführung der Kläger bestand weder eine solche Verbindlichkeit, noch die Absicht und Beschlußfassung in der angegebenen Art, — und es ist eben deßhalb auch die Berufung auf die §§. 11 und 41 des Bürgerwehrgesetzes, sowie die Behauptung völlig unbegründet, daß die Gemeinde schon durch den Ankauf der fraglichen Gegenstände Eigenthümerin derselben geworden sei.

Wenn nun die kläger'sche Erklärung weiter besagt, daß die Gemeinde die fragliche Anschaffung vorschußweise, — nämlich für die einzelnen Bürgerwehrmänner, welchen die eigene Ausrüstung nach §. 11 des Gesetzes auch oblag, — besorgen gewollt habe, — so liegt hierin die Behauptung einer Geschäftsführung der Gemeinde zum Vortheil der einzelnen Wehrmänner; es kann jedoch diese Behauptung in keiner Weise als geeignet zur Begründung des zweiten Klaggrundes erachtet werden. — Nicht nur nämlich daß diese Geschäftsführung nicht den Nutzen der Gemeinde als solcher bezweckte, sondern sie stellt sich auch als ein Rechtsgeschäft dar, das, um rechtsgültig zu erscheinen, ebenso wie die den ersten Klaggrund bildende Anleihe an die Voraussetzungen des §. 92 Abs. 2 und des §. 151 Ziff. 3 der Gemeinde-Ordnung gebunden war, denn die behauptete Geschäftsführung bestände darin, daß die Gemeinde die Gewehre für die Wehrmänner anschaffte, zum Zwecke der Zahlung aber beim Mangel anderweiter parater Mittel zu einer Anleihe bei den Klägern schreiten mußte. Es handelte sich daher hier wieder um eine Rechtsverbindlichkeit der Gemeinde, zu deren rechtsgültigen Begründung nicht einmal — wie eine Vergleichung der §§. 135 Ziff. 9 und 122 mit §. 92 der Gemeinde-Ordnung außer Zweifel stellt, — die Beistimmung des Bürgerausschusses genügte, vielmehr die Einwilligung der Gemeinde selbst und die Staatsgenehmigung erforderlich war.

Es lag hiernach wohl eine Geschäftsführung zu Gunsten der einzelnen Wehrmänner vor, sie kann aber nicht als eine solche erachtet werden, die von der Gemeinde geführt worden wäre, und wofür diese mit ihrem Vermögen einstehen müßte, da es den Vertretern der Gemeinde hiefür an der erforderlichen gesetzlichen Vollmacht fehlte.

Die erwähnte klägerische Erklärung behauptet nun endlich noch einen Vermögenszuwachs für die Gemeinde, der ihr durch geleistete Zahlungen, oder noch ausstehende Schuldigkeiten der einzelnen Wehrmänner für die ihnen verabfolgten Gewehre zugegangen sein soll. Allein diesem Vorbringen fehlt es, — obwohl es in Folge der Ausübung des richterlichen Fragerechts stattfand, Kläger somit die Obliegenheit hatten, sofort erhebliche und bestimmte Thatsachen anzuführen, wenn sie aus jener Rechtsvergünstigung Vortheil ziehen wollten — an aller Bestimmtheit und näheren Begründung; es sind bloße Vermuthungen, nur Möglichkeiten, die hier unterstellt werden, worauf schon deßhalb kein Gewicht gelegt werden kann, — zumal als, was die behaupteten Ausstände betrifft, feststeht, daß die fraglichen Anschaffungen nicht für die Gemeinde und eben so wenig durch ihre Vertreter auf eine die Gemeinde bindende Weise stattfanden, es somit auch nicht einzusehen ist, aus welchem Grunde der Gemeinde Forderungsrechte an die Wehrmänner zustehen sollten.

Am Schlusse der klägerischen Erklärung sind nun als Nachtrag noch verschiedene Erlasse der höchsten Administrativbehörden angeführt worden, wodurch die Thatsache und die Rechtmäßigkeit einer Anschaffung für die Gemeinde dargethan werden sollte, es erscheinen diese Anführungen aber nicht von Erheblichkeit, da sie lediglich eine weitere Ausführung dessen enthalten, was die Kläger schon in erster Instanz in dieser Hinsicht geltend gemacht haben, worauf jedoch nach dem im Eingange der Entscheidungsgründe hierüber Gesagten kein Gewicht gelegt werden kann.

Der Gemeinde liegt hiernach in keiner Weise eine Rechtsverbindlichkeit zur Zahlung der eingeklagten Summe ob, und es muß daher auch die gegen sie erhobene Klage abgewiesen werden.

D. R.

IV.

Zu §. 385 Ziff. 6 des Strafgesetzbuchs.

(Vrgl. Annalen XXIII. S. 181.)

I. Thomas Schäfer und Johannes Löser von Hemsbach hatten Aepfel von auf dem Felde stehenden Bäumen im Werthsbetrage von 5 bis 6 fl. entwendet, wofür dieselben von dem betreffenden Amtsgerichte wegen gemeiner, unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 Ziff. 6 des Str.G.B. begangener Diebstähle für schuldig erklärt und zur Erstehung einer 3wöchentlichen, durch 6 Tage Hungerkost geschärften Amtsgefängnißstrafe verurtheilt wurden.

Auf ergriffenen Recurs wurde vom II. Crim.Senate des Hofgerichtes des Unterrheinkreises durch Urtheil vom 1. Dezember 1857 das amtsgerichtliche Urtheil mit der Modification bestätigt, daß der Erschwerungsgrund des §. 385 Ziff. 6 des Str.G.B. nicht vorliege, und zugleich die Strafe auf 18 Tage, geschärft durch 5 Tage Hungerkost, heruntergesetzt.

Die Gründe sind diese: daß hängende Früchte nicht zu den Gegenständen im Freien gezählt werden können, welche im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflegen, sondern ihrer Natur nach sich im Freien befinden und vor ihrer Trennung nicht verwahrt werden können. Strafgesetzbuch §§. 477 u. 397, und Thilo zu §. 385 Ziff. 6 (bei §. 386).

II. Im Spätjahre 1858 fuhr Franz Volk von Osterburken auf eine Wiese des Kannenwirths Hoffmann, mähte einen Schiebkarren voll Ohmetgras ab und führte solchen heim. Er wurde der Verübung eines gemeinen unter dem Erschwerungsgrunde des §. 385 No. 5 des Str.G.B. begangenen Diebstahls im Werthsbetrage von 2 bis 3 fl. für schuldig erklärt und deßhalb zu 3 Wochen Amtsgefängniß, worunter 6 Tage Hungerkost, verurtheilt.

Auf ergriffenen Recurs wurde das amtsgerichtliche Urtheil erwähnten Inhalts vom II. Senate des unterrheinischen Hofgerichts am 2. November d. J. bestätigt.

Ueber das Vorhandensein des fraglichen Erschwerungsgrundes sprechen sich die Gründe also aus:

Eben so ungegründet ist das weitere eventuelle Vorbringen des Recurrenten, daß der Erschwerungsgrund des §. 385 Ziff. 6 nicht vorliege, weil Gras auf dem Halme nicht für einen Gegenstand gelten könne, der im Vertrauen auf die öffentliche Sicherheit nicht besonders verwahrt zu werden pflege; denn indem das Gesetz der Entwendungen von Feldfrüchten als qualificirter in dem vorgenannten §. ausdrücklich gedenkt, läßt es über das Vorhandensein des fraglichen Erschwerungsgrundes im vorliegenden Falle keinen Zweifel übrig, und kann es darauf, daß der im letzten Absatze des §. 385 Ziff. 6 hinsichtlich anderer Gegenstände im Freien verlangte Gebrauch (solche nicht besonders zu verwahren) auf die Früchte auf dem Halm keine Anwendung findet, nicht ankommen.

Wilckens.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 49.

I.

Erbtheilung, Gleichstellung, Rechtswandlung und Rechtsvermischung.

Geck gegen Geck.

In den Jahren 1838 und 1839 haben die Wendelin Geck'schen Eheleute ihrem Sohne Carl drei Darlehen im Gesammtbetrage von 13,590 fl. gemacht, wofür dessen Ehefrau die Sammtverbindlichkeit übernahm.

Im April 1842 klagten die Darleiher genannte Summe sammt rückständigen Zinsen gegen ihre Sohnsfrau ein und erwirkten ein ihrem Begehren entsprechendes Versäumungserkenntniß vom 25. Juni 1842, welches in Rechtskraft erwachsen ist.

Nachher legten die W. Geck'schen Eheleute in einem Notariatsakte vom 9. Januar 1844 folgende Erklärung nieder:

1) So lange wir leben und in unserem eigenen Namen wollen wir unserem Sohne nicht aufkünden und deßhalb nichts von ihm begehren;
2) wir erklären sofort diese unsere Forderung als einzuwerfenden Vorempfang unseres Sohnes Carl und soll
3) derselbe verpflichtet sein, die ganze Summe bei unserer etwaigen Vermögensübergabe, zumal bei unseren Erbtheilungen jedesmal die Hälfte sich aufrechnen zu lassen, so daß vor aller Theilung eine Gleichstellung stattfinde unter unsern sämmtlichen ledigen und verehelichten Kindern 2c.

So stand die Sache, als die W. Geck'sche Ehefrau am 3. Juli 1849 mit Hinterlassung von sechs Kindern verstarb.

In dem über ihren Nachlaß errichteten Inventar wurde die Restschuldigkeit des Carl Geck zu 14,633 fl. 50 kr. berechnet, und davon die Hälfte mit 7316 fl. 55 kr. der mütterlichen Verlassenschaft beigeschlagen, welcher Carl Geck entsagte.

Nachdem auch W. Geck am 20. September 1852 mit Tod abgegangen war, wurde die andere Hälfte der restlichen Darlehensschuld als eine bei dem Miterben Carl Geck ausstehende Forderung von 7316 fl. 55 kr. in das Inventar über den väterlichen Nachlaß aufgenommen und am 28. Oktober 1852 von sämmtlichen Erbsinteressenten die Uebereinkunft getroffen: daß der Miterbe Carl Geck außer seinem Antheil an den Fahrnissen drei Forderungsposten (worunter auch jener von 7316 fl. 55 kr.) bei sich selbst empfangen und den Zuvielempfang den andern Betheiligten hinauszahlen soll.

Die hierauf gefertigte Verweisung bestimmt den Erbtheil des Carl Geck auf 4587 fl. 42 kr. und überläßt ihm dafür 109 fl. 37 kr. Fahrnisse, 7424 fl. 15 kr. Forderungen, 2500 fl. Vorempfang, im Ganzen 10,033 fl. 52 kr., folglich zu viel 5446 fl. 10 kr., wovon er an jedes seiner fünf Geschwister, beziehungsweise deren Kinder, 1089 fl. 14 kr. herauszuzahlen angewiesen ward.

Allein Carl Geck erklärte auf Eröffnung dieses Operats, daß er sich zu dessen Anerkennung nicht verstehen könne, wenn ihm seine Geschwister und beziehungsweise deren Rechtsnachfolger das Gleichstellungsgeld von 1089 fl. 14 kr. welches aus der restlichen Darlehensschuld von 7316 fl. 55 kr. entstanden sei, nicht fallen lassen 2c.

Obgleich nun die Miterben von ihrer Forderung nicht abließen, so hat doch C. Geck unterm 30. April 1853 die am 28. Oktober 1852 vorgenommene Inventur und Erbtheilung anerkannt und in jeder Beziehung genehmigt, bis jetzt aber keine Zahlung geleistet.

Im Juni 1856 klagten nun die Rechtsfolger der ver-

storbenen Miterben Lisette und Anton Geck gemeinschaftlich ihre Betreffnisse am Gleichstellungsgeld gegen die Carl Geck'sche Ehefrau ein, weil diese für die ursprünglichen Darlehen, aus welchen das Gleichstellungsgeld herrühre, sammtverbindlich geworden und zu deren Zahlung rechtskräftig verurtheilt sei.

Diesem Anspruch hielt die Beklagte die Einrede der Novation entgegen, darauf gestützt, daß die Darlehensschuld ihres Mannes bei der väterlichen Theilung in eine Gleichstellungsgelderschuld verwandelt und von den Klägern nicht behauptet worden sei, daß sie dafür — den Miterben ihres Mannes gegenüber — gleichfalls die Sammtverbindlichkeit übernommen habe.

Der Unterrichter fand jedoch nur die Klage, nicht aber auch die Einrede begründet, und verurtheilte sonach die Beklagte zur Zahlung, welche dagegen appellirte, sofort in zweiter Instanz die Einrede der Rechtsvermischung nachbrachte und jene der Rechtswandlung nunmehr auf den Notariatsact vom 9. Januar 1844 fundirte, indem durch die dortige Erklärung der W. Geck'schen Eheleute die Darlehensschuld ihres Sohnes Carl aufgehoben und eine gänzlich verschiedene Verbindlichkeit — ein einzuwerfender Vorempfang — an die Stelle gedachter Schuld gesetzt worden sei.

Diese Einrede oder vielmehr die aus dem Akte vom 9. Januar 1844 abgeleitete Schulderlassung drang bei großh. Hofgerichte durch und hatte die Abweisung der Kläger zur Folge, wogegen dieselben die dritte Instanz betraten, in welcher man bei der Berathung alsbald darüber einig wurde, daß ebensowenig eine Rechtswandlung eingetreten, als daß die Beklagte für schuldig zu halten sei, Gleichstellungsgelder, als solche, an die Miterben ihres Ehemannes zu zahlen.

Die Discussion drehte sich hauptsächlich um die Rechtsvermischung, welche von 2 Stimmen, nach Ansicht des L.R.S. 1300 in Verbindung mit L.R.S. 1209, nur in so weit für begründet angenommen wurde, als Carl Geck seinen Vater beerbt hat, d. h. zu einem Sechstel von 7316 fl. 55 kr. mit 1219 fl. 49 kr., da überall, wo nicht eine Universalsuccession in der Person des Schuldners zutrifft, die Rechtsvermischung, ähnlich wie nach L.R.S. 1290 die Wettschlagung, blos die dem Erbtheil gleichkommende Summe erlöschen macht.

In Bezug auf die übrigen fünf Sechstel von 7316 fl. 55 kr. ist mithin eine Rechtsvermischung, welche nur kraft Gesetzes geschieht, nicht eingetreten.

So hat auch Carl Geck, selbst die Sache betrachtet, als er am 28. Oktober 1852 vor der Theilungsbehörde erklärte, daß er sich zur Anerkennung des Geschäfts nicht verstehen könne, wenn seine Geschwister rc. rc. das Gleichstellungsgeld von 1089 fl. 14 kr., welches aus seiner Schuld von 7316 fl. 55 kr. entstanden, nicht fallen lassen.

Da nun C. Geck das Theilungsoperat in der Folge dennoch genehmigte, so hat er damit den Fortbestand seiner alten Verbindlichkeit zu fünf Sechstel ganz unzweideutig anerkannt. In keinem Falle kann die Beklagte aus diesem Operate irgend welche Schutzreden für sich ableiten, weil sie eine dritte Person ist, welche weder mitgeerbt, noch mitcontrahirt hat *); wenn sie gleich dadurch, daß jeder der beiden Kläger nur 1089 fl. 14 kr. statt 1219 fl. 49 kr. von ihr verlangt, aus gedachtem Geschäfte einigen Nutzen zieht. L.R.S. 1165.

Der Umstand, daß die Forderung in der Klage als Gleichstellungsgeld bezeichnet wurde, hat nichts zu bedeuten, weil es nicht sowohl auf die Benennung, als auf die rechtliche Natur der in Frage stehenden Verbindlichkeit ankommt. Sind aber die eingeklagten Beträge, nach der ausdrücklichen Anerkennung des Carl Geck selbst, nur Reste jener ursprünglichen Darlehensschuld von 13,590 fl., zu deren Zahlung die sammtverbindliche Beklagte bereits durch Erkenntniß vom 25. Juni 1852 rechtskräftig verurtheilt ist, so gereicht die hofgerichtliche Abweisung den Klägern zur Beschwerde.

Uebrigens wollte die eine der obenerwähnten 2 Stimmen, welche in der Zutheilung des Schuldrestes von 7316 fl. 55 kr. an Carl Geck nichts als eine, keine Rechtsvermischung bewirkende, Manipulation des Geschäftsfertigers erblickte, den Klägern blos dasjenige zuerkannt wissen, was in den eingeklagten Beträgen von der Darlehensschuld zu 7316 fl. 55 kr. enthalten ist, während die andere Stimme auf unbeschränkte Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils gegangen war.

Die oberhofgerichtliche Majorität hingegen folgte einer anderen Ansicht und stimmte für reine Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils. Nach Abfertigung eines formellen Anstandes lauten die

Entscheidungsgründe
zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 13. Nov. 1858:

„In der Hauptsache selbst wird die Verbindlichkeit

*) Vergl. Annalen XX, 241.

der Beklagten zur Zahlung der geforderten Gleichstellungsgelder von zweimal 1089 fl. 14 kr. nebst Zinsen seit dem 28. Oktober 1852 auf die für die Darlehen der Wendelin Geck'schen Eheleute von 6000 fl. — 3800 fl. — und 1790 fl. übernommene Sammtverbindlichkeit, desgleichen auf das rechtskräftige Erkenntniß vom 25. Juni 1842, welches die Beklagte zur Zahlung dieser Darlehen an die W. Geck'schen Eheleute verurtheilt, sodann auf die nach dem Ableben des Wendelin Geck im Jahre 1852 vorgenommene Theilung und Verweisung seines Nachlasses, endlich auf die Behauptung gestützt, daß die eingeklagten Gleichstellungsgelder von jenen Darlehen herrühren.

Da indessen nur Miterben sich gegenseitig zur Gleichstellung verpflichtet sind, so kann die Beklagte, welche weder den Wendelin Geck mitbeerbt, noch bei Theilung seines Nachlasses irgendwie mitgewirkt hat, keinenfalls auf Zahlung der beanspruchten Gleichstellungsgelder, als solcher, belangt werden.

Insofern übrigens diese Gleichstellungsgelder — zum Theil wenigstens — aus dem Darlehensrest von 7316 fl. 55 kr. herrühren, ist mittelst der beregten Theilung in der Hand des früheren Darlehensschuldners und jetzigen Erben seines Vaters eine Rechtsvermischung (L.R.S. 1300) dadurch eingetreten, daß ihm der schon gedachte Rest von 7316 fl. 55 kr. als eine Forderung der Erbmasse an ihn mit Zustimmung aller Betheiligten ganz in sein Loos gegeben wurde. Karl Geck ist daher nach L.R.S. 883 so anzusehen, als hätte er diese Forderung von seinem Vater unmittelbar und allein geerbt, woraus nothwendig folgt, daß die Kläger als Miterben davon ausgeschlossen sind.

Haben folglich die Kläger keinen Theil an obigen 7316 fl. 55 kr., so können sie aus der Sammtverbindlichkeit und der rechtskräftigen Verurtheilung der Beklagten auch keinen Anspruch gegen dieselbe ableiten.

Ist aber die Einrede der Rechtsvermischung für sich allein schon geeignet, die Klage zu entkräften, so kommt auf die andere Einrede der Novation nichts weiter an.

R. d. Gr. 2c. D. R.

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

XIV. Militärrechtliches.

1) Gerichtliche Zustellungen an Militärpersonen, die sich im Dienste befinden.
2) Anwendung des P.O. §. 221 auf solche Personen.
3) Wegfallen des militärischen Vergleichsversuches, bei Arrest-, Executiv- und Wechselklagen.

(Gesetz vom 6. April 1854. §. 17. §. 9. §. 11 und 12.)

Bataillonstambour Sch.... in Freiburg erhob gegen Franz Sch...... in O... eine Klage bei dem großh. Amtsgericht B., welches dem Kläger wegen Entfernung vom Gerichtssitz zwar auf Verlangen die Abgabe seiner Erklärungen an dem Gericht seines Wohnortes gemäß P.O. §. 221 gestattete, jedoch nur bei dem großh. Stadtamtsgericht Freiburg, nicht bei dem dortigen Garnisonsauditorat. Das Amtsgericht B. ging sogar soweit eine vor dem genannten großh. Auditorat aufgenommene und von diesem amtlich eingesendete Erklärung des Klägers, einer im Dienste befindlichen Militärperson, als Privateingabe des Klägers selbst zu behandeln und denselben wegen dabei nicht gebrauchten Stempels mit Stempelbuße zu belegen.

Es lehnte jedoch das großh. Stadtamtsgericht Freiburg das Ansuchen des mehrerwähnten Amtsgerichtes um Anberaumung einer Tagfahrt zur Beweisantretung des Klägers [1]) ab, nachdem es sich mit dem Auditorat wegen Vollziehung des Ersuchens durch diese Militärbehörde in das Benehmen gesetzt, von demselben aber eine unter den obigen Umständen sehr begreifliche, ablehnende Erwiederung erhalten hatte.

Das großh. Amtsgericht B. wandte sich nun, auf seiner Ansicht beharrend, an den vorgesetzten Gerichtshof des Mittelrheinkreises, indem es dessen Vermittlung zur Durchsetzung seines Verlangens bei dem großh. Hofgericht des Oberrheinkreises in Anspruch nahm. In dem bezüglichen Bericht suchte dasselbe seine Ansicht im Wesentlichen mit Folgendem näher zu begründen:

Die Ansicht des großh. Stadtamtsgerichtes, daß es

1) Vergl. wegen Anwendung des §. 221 auf Beweisantretung [illegible]

die Ladung durch die Militärbehörde bewerkstelligen müsse, sei nicht begründet. Der Art. 5 des früheren Gesetzes vom 12. Februar 1849, welcher ohne Unterschied, ob die betreffende Militärperson Kläger oder Beklagter sei, die Zustellung durch die Militärbehörde verordne, sei in das neue Gesetz vom 6. April 1834 überall nicht, oder vielmehr in §. 17 nur in der beschränkten Weise aufgenommen worden, daß nur bei Rechtsstreitigkeiten gegen eine Militärperson die Zustellung durch die Militärbehörde zu bewirken sei.

Wenn das großh. Stadtamtsgericht Freiburg der Meinung sei, daß das Ersuchen an die Militärbehörde zu richten war, so sei vor Allem auf den Inhalt des §. 221 der P.O. zu verweisen, der deutlich ausspreche, daß das Amtsgericht des Wohnortes des Klägers anzugehen sei. Ueberdies sei das Gesetz vom 6. April 1854 ein Sondergesetz, da es einen besonderen Gerichtsstand für Militärpersonen festsetze, weßhalb es nach bekannten Rechtsgrundsätzen streng auszulegen sei. Aus der Betrachtung der §§. 3. 7—10 und 12 verglichen mit §. 17 ergebe sich aber, daß das Gesetz nur da von der Zuständigkeit der Militärbehörde spreche, wo es sich von einer Klage gegen eine Militärperson handle, wogegen da, wo eine Militärperson als Kläger auftritt, die Militärbehörde in keiner Weise als zuständig erklärt sei, vielmehr in §. 8 sogar auch die Fälle, wo eine Militärperson zugleich mit einer Nichtmilitärperson belangt werde, an die bürgerlichen Gerichte gewiesen seien. Wo aber die bürgerlichen Gerichte für zuständig erklärt seien, da erscheine die Militärbehörde in keiner Weise zuständig, auch nicht zur Vermittlung von Ladungen.

Das großh. Hofgericht konnte die hier geltend gemachten Grundsätze in keiner Beziehung als richtig anerkennen, wies daher das amtsgerichtliche Ansinnen zurück. Es ging dabei von folgenden Gründen aus:

„Der Grundsatz, daß gerichtliche Zustellungen in bürgerlichen Streitsachen an in Dienst befindliche Militärpersonen durch Vermittlung des vorgesetzten Commandos zu bewirken sind, wenn der Rechtsstreit vor den bürgerlichen Gerichten verhandelt wird, ist nach dem nicht zu verkennenden Grund und Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung ein allgemeiner, wie dies schon im Gesetz vom 12. Februar 1849, Art. 5 anerkannt worden ist. Zu der Annahme, daß das neuere Gesetz vom 6. April 1854, wodurch die Militärgerichtsbarkeit wieder erweitert wurde, in dieser Hinsicht dem militärischen Dienstinteresse geringere Geltung einräumen wollte, als das Gesetz vom Jahr 1849, ist an sich überall kein Grund gegeben, und es ist das hier in Frage stehende militärdienstliche Interesse nicht minder bei einem als Kläger aufgetretenen Soldaten, als bei einem als Beklagten belangten vorhanden und zu wahren. Die einseitig buchstäbliche Auslegung des Ausdrucks „Rechtsstreitigkeiten gegen Militärpersonen in §. 17 des neueren Gesetzes und folgeweise die Beschränkung des ersten Absatzes auf beklagte Militärpersonen ist daher nicht zu rechtfertigen, wie auch der zweite Absatz selbst bestätigt, dessen Bestimmung auch auf Kläger und Beklagte sich bezieht.[1])

Ebenso ist der in §. 9 Absatz 3 des neueren Gesetzes ausgesprochene Grundsatz, ungeachtet seiner nächsten Beziehung auf die beiden ersten Absätze[2]), als ein allgemeiner Grundsatz aufzufassen, welcher im Interesse des Dienstes zugleich eine Modification des §. 221 der P.O., und zwar eine sehr zweckmäßige, mit sich bringt. Die §§. 3. 7—10 und 12 des Gesetzes vom 6. April 1854 stehen dieser Auffassung, welche dem Sinn und der Absicht des Gesetzes ohne Frage weit mehr entspricht, als die gegentheilige Auffassung, überall nicht entgegen; es ist daher im Falle des § 221 der P.O. die im Dienst befindliche Militärperson allerdings befugt, ihre Erklärungen vor ihrem Auditorat, statt vor dem Amtsgericht ihres Wohnortes, abzugeben. —"

In Bezug auf die zur Ungebühr erkannte Stempelbuße machte der Gerichtshof zu Gunsten des schuldlosen Tambours von §. 4 des Sportelgesetzes im

---

[1]) Man vergleiche auch §. 25, die Ladungen und Zustellungen in nichtstreitigen Privatrechtssachen der Militärpersonen betreffend, woraus sich ebenfalls die Unbeschränktheit jenes Grundsatzes erkennen läßt.

[2]) Absatz 1 des §. 9 spricht von den zur Zeit, wo der Beklagte in den Militärstand tritt, schon anhängigen Klagen, Absatz 2 aber von der zur Zeit der Wiedereinberufung einer Militärperson aus dem großen Urlaub in den Dienst anhängigen, inzwischen bei den bürgerlichen Gerichten angebrachten Klagen. Hieran reiht sich Absatz 3, welcher ausspricht: „Die in Dienst berufene Militärperson kann jedoch ihre weiteren gerichtlichen Erklärungen bei ihrem Auditorate zu Protokoll geben." Blos buchstäblich genommen, würde sich daher dieser Satz allerdings nur auf die beiden vorher bezeichneten besonderen Fälle beschränken. Gleichwohl kann es bei gehöriger Würdigung des ganzen Gesetzes und des zu Grunde liegenden militärdienstlichen Gesichtspunktes nicht lange verborgen bleiben, daß hier ein bei Gelegenheit jener besonderen Fälle anerkannter allgemeiner Grundsatz ausgedrückt ist. Vergl. Stabel, Vorträge über franz. und bad. Civilrecht, §. 24.

Vergleichung mit §. 16 Gebrauch *). In dieser Hinsicht wurde dem Amtsgericht bemerkt:

„Am wenigsten aber und unter keiner Voraussetzung kann es Rechtfertigung finden, daß das großh. Amtsgericht die von dem großh. Garnisonsauditorat als einer richterlichen Behörde zu Protokoll genommene und eingesendete Erklärung des Klägers wie eine Privaturkunde behandelte und hiewegen eine Stempelbuße gegen den Kläger erkannte, welche selbst auf die Bitte des in dieser Beziehung offenbar schuldlosen Klägers nicht zurückgenommen wurde."

Mit den oben aufgeführten, vom großh. Hofgericht angenommenen Sätzen stimmen die Nachträge zum badischen Militärprivatrecht (von W. Brauer) §. 67 a Ziff. 1. 2 überein. Dort ist überdies die Ansicht aufgestellt, daß in Bezug auf Militärpersonen das in Pr. O. §. 221 den Parteien zugestandene Recht in §. 9 des Gesetzes vom 6. April 1854 dahin erweitert sei, daß es bei Ersteren nicht auf die Größe der Entfernung ankomme, weil der gesetzliche Grund der fraglichen Befugniß der Militärpersonen darin liege, daß man dieselben von der Pflicht, vor bürgerlichen Behörden zu erscheinen, möglichst entbinden wollte. Diese Ansicht scheint auch in der That dem Sinne und der Absicht des Gesetzes über die Militärgerichtsbarkeit zu entsprechen, obwohl die erwähnte Bestimmung im Gesetz selbst nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Die Dienstpflicht des Soldaten, welche ihn streng an den Ort seines Dienstes bindet und eine ständige Anwesenheit und Bereitschaft erheischt, ist ein Verhältniß, was der in Pr.O. §. 221 vorgesehenen großen Entfernung vom Gerichtssitze füglich gleichgeachtet werden mag, und aus dem §. 9 Absatz 3 des mehrerwähnten Gesetzes läßt sich erkennen, daß die Gesetzgebung das Dienstverhältniß in solcher Weise auffaßte und den im Dienste befindlichen Militärpersonen, sowie dem Militärdienst selbst, die fragliche Erleichterung unbeschränkt gewähren wollte. Wie es militärdienstlich nicht zulässig erscheint, daß im Dienste befindliche Soldaten sich zu Prozeßverhandlungen vor den bürgerlichen Gerichten öfter von ihrem Dienstorte entfernen, leuchtet von selbst ein, der militärdienstliche Gesichtspunkt verdient aber hier, wo es sich um Formvorschriften des Verfahrens handelt, bei welchen das richterliche Ermessen gebührenden Spielraum hat, vorzügliche Beachtung. Ueberhaupt sollte wohl bei der Anwendung des Pr. O. §. 221, der bereits seine eigene reichhaltige Literatur aufzuweisen hat *), mehr als dieß öfters geschieht, berücksichtigt werden, daß derselbe eine dienliche Erleichterung der Parteien in Bezug auf die Prozeßführung bezweckt und demgemäß nach billigem Ermessen, eher im Sinne einer zweckmäßigen Erleichterung des Verfahrens, als mit ängstlicher Beschränkung und Erschwerung des den Parteien zugestandenen Vortheils, zu handhaben ist. *)

Auch in Bezug auf noch einen andern Punkt ist die Fassung des Gesetzes über die Militärgerichtsbarkeit geeignet, eine unrichtige, dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechende Auslegung hervorzurufen, wie auch die Erfahrung bereits gezeigt hat. Dieser Grund betrifft den militärischen Vergleichsversuch, von welchem die §§. 11 und 12, sowie auch §. 14, handeln. Hienach soll bei jeder Klagerhebung gegen Militärpersonen eine gütliche Verständigung von dem zuständigen Commando oder der zuständigen Dienststelle (beziehungsweise, was die in §. 5 genannten Militärpersonen betrifft, vor dem großh. Kriegsministerialpräsidenten) versucht werden, und zwar im Falle der Klagerhebung bei einem Militärgericht jeweils nach Einreichung der Klage, vor der Ueberweisung der Sache an das Auditorat, im Falle der Klagerhebung bei einem bürgerlichen Gericht aber noch vor Anbringung der Klage. Eine Ausnahme findet bei Arrest-, Executiv- und Wechselklagen Statt; bei diesen Klagen ist ein solcher Vergleichsversuch nicht erforderlich. Obwohl die Ausnahme im Schlußsatz des §. 11 zunächst nur in Bezug auf den Fall der Klagerhebung bei einem Mi-

*) Daß der Gerichtshof hiebei nicht eine Befreiung des prozeßführenden Tambours von Sporteln und Stempeln überhaupt anerkennen wollte, versteht sich von selbst. Eine solche Befreiung findet nach der Bestimmung des §. 38 des Gesetzes über die Militärgerichtsbarkeit nur in Bezug auf privatrechtliche Streitigkeiten, welche vor Militärgerichten verhandelt werden, Statt.

*) Man vergleiche Annalen Jahrg. XIX. S. 161 und 307; Jahrg. XX. S. 2. 223. 327; Jahrg. XXIV. S. 367.

*) Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, möchte auch die unbedingte Ausschließung gewisser Verträge von der Wohlthat des §. 221 nicht zu billigen sein. Dies gilt zwar nicht von der Klage, deren Aufnahme durch ein anderes Gericht in mehrfacher Hinsicht ungeeignet erscheint und auch die Fassung des §. 221 gegen sich hat, wohl aber von der Beweisantretung, bei welcher eine unterstützende Mitwirkung des Gerichtes oft sehr wünschenswerth erscheint. Siehe dagegen Annalen Jahrg. XX. S. 327 verglichen mit Jahrg. XXIV. S. 367. Die Uebung der Untergerichte scheint sich vielfach für die Anwendung des §. 221 auf Beweisantretungen zu entscheiden, wie auch der obige Fall zeigt.

litärgericht angegeben ist, so ist doch nach dem unverkennbaren Sinne des Gesetzes nicht zu bezweifeln, daß diese in der Natur solcher, einen rascheren Prozeßgang mit sich bringenden Klagen begründete Ausnahme auch auf den Fall der Klagerhebung bei einem bürgerlichen Gericht Anwendung findet. Es läßt sich dieses aus der nothwendigen Beziehung, in welcher der §. 12 zum §. 11 steht, insbesondere auch aus den bezüglichen ausdrücklichen Andeutungen im ersten und zweiten Absatz des §. 12 („gleichfalls eine gütliche Verständigung“ — „die im §. 11 vorgeschriebene Weise“) zur Genüge erkennen.

Vergl. auch hiezu die angeführten Nachträge zum b. Militärprivatrecht, §. 67a und §. 66.

Eduard Brauer.

III.

Die Hingabe eines Coupons als Zahlung oder die Veräußerung eines solchen erscheint als Cession eines Zettels auf Inhaber und verpflichtet zur Entschädigung, wenn in Folge eines entschuldbaren Irrthums der Betrag des Coupons zu hoch angenommen wurde; die Entschädigungspflicht umfaßt auch den Ersatz von Prozeßkosten, wenn dem Cedenten der Streit verkündet war.

Neumann gegen Schick.

Entscheidungsgründe

zum Urtheil des mittelrh. Hofgerichts v. 5. Juni 1858.

Unter der vom Beklagten am 8. Sept. 1856 geleisteten Zahlung für eine bedeutende Waarenschuld empfing Kläger auch einen Coupon, welcher als auf 20 Thaler 10 Sgr. 6 Pf. lautend nach dem Courswerthe zu 35 fl. 25 kr. berechnet, und ebenso von dem Kläger an Mayer Ullmann kaufweise überlassen wurde. Bei Gelegenheit der Vorzeigung dieses Coupons zur Einlösung zeigte sich aber, daß er nur auf 10 Sgr. 6 Pf. ausgestellt ist, und die Summe von 20 Thaler darin nur als der Betrag des Capitals vorkommt, aus welchem jene 10 Sgr. 6 Pf. als Zins an den Inhaber bezahlt werden sollten. Mayer Ullmann verlangte daher von dem Kläger die Zurückgabe des zu viel bezahlten Betrages, und in Folge eines bei dem Stadtamtsgerichte Mannheim geführten Rechtsstreites, in welchem der Kläger dem Beklagten den Streit verkündete, erhielt Mayer Ullmann durch Abzug an einer Forderung des Klägers wirklich einen Ersatz von 34 fl. 48¼ kr.

Der Kläger verlangt nun seiner Seits von dem Beklagten die Summe von 35 fl., um welche der Coupon irrthümlich zu hoch angerechnet worden ist.

Hier kommt sogleich zu bemerken, daß diese Forderung um 11¾ kr. übersetzt ist, weil Kläger nur zu 35 fl. 25 kr. den Coupon annahm und nach Abzug der an Ullmann zurückersetzten 34 fl. 48¼ kr. immer noch 36¾ kr. von dem von Ullmann erhaltenen Gelde übrig behielt, welche auch dem wahren Werthe des Coupons zu 10 Gr. 6 Pf. entsprechen.

Abgesehen von dieser kleinen Zuvielforderung erscheint aber der Anspruch des Klägers als wohl begründet. Ein solcher Coupon ist nämlich ein Zettel auf Inhaber (H.R.S. 190. 191. 193. Annalen XXV. S. 151), und dessen Ueberlassung von Seiten des Beklagten an den Kläger erscheint als eine Cession, welche den Beklagten nach L.R.S. 1693 zu der Haftbarkeit dafür verpflichtet, daß er den cedirten Betrag zu fordern hat, mithin muß der Beklagte den Schaden ersetzen, welcher dem Kläger durch die irrige Anrechnung des Coupons als auf 20 Thlr. 10 Gr. 6 Pf. statt nur auf 10 Gr. 6 Pf. lautend zuging, und dies begreift zunächst die obigen 34 fl. 48¼ kr. als die dem fälschlich unterstellten Werthe des Coupons entsprechende Summe des Cessionspreises. Dazu kommt aber auch noch die Pflicht zur Verzinsung dieses Betrages vom Tage der Cession (8. Sept. 1856) mit 6 pCt. kraft H.R.S. 109c und L.R.S. 1907a, weil offenbar eine Handelssache vorliegt. H.R.S. 1.

Ferner muß der Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zwischen dem Kläger und Mayer Ullmann ersetzen, da dies ein Theil des dem Kläger durch die Cession zugegangenen Schadens ist, und dem Beklagten rechtzeitig der Streit verkündet worden ist. Pr.O. §. 107. Zachariä, fr. C.R. Band II. §. 359 Note 26. §. 355 Note 10.

Endlich hat er den Kostenbetrag nach Pr.O. §. 284. Z. 2. L.R.S. 1153 mit 5 pCt., wie Kläger begehrt, vom Tage der Ladungszustellung an (19. März 1857) zu verzinsen.

Zu dem nämlichen Ergebniß gelangt man, wenn die Hauptforderung des Klägers als Rest des Waarenkaufpreises, welchen Beklagter ihm schuldete, und der Klag-

vortrag über den Empfang des Coupons als anticipirte Replik des Irrthums gegen die dem Beklagten auf Grund der Quittung zustehende Einrede der vollständigen Zahlung aufgefaßt wird, denn es handelt sich dann um einen Irrthum über das Wesen der Sache und um einen sehr entschuldbaren Irrthum, da die sonderbare Druckweise des Coupons *) leicht zu der fälschlichen Unterstellung verleiten kann, daß er auf 20 Thaler mehr laute, als es in Wahrheit der Fall ist. L.R.S. 1110, 1110a. Die oben angeführten Gesetzesstellen in Verbindung mit L.R.S. 1382, 1383, rechtfertigen auch bei dieser Anschauungsweise die Nebenforderungen des Klägers an Verzugszinsen und Prozeßkosten.

Was den Beweis des thatsächlichen Klagvortrages betrifft, so hatte sich bei den Zugeständnissen des Beklagten die diesseitige Beweisauflage vom 23. Januar l. J. auf zwei Sätze zu beschränken, nämlich, daß Kläger bei der Zahlung des Beklagten vom 8. September 1856 den fraglichen Coupon erhalten, und daß er diesen dem Mayer Ullmann verkauft hat.

Der erste Satz rechtfertigt sich von selbst, und der zweite durch die Betrachtung, daß er die Grundlage für sämmtliche Nebenforderungen und für die Größe der Hauptforderung des Klägers bildet.

Diesen Beweis hat nun Kläger angetreten durch 2 anerkannte Briefe, welche mit der Firma des Beklagten unterzeichnet sind, und durch Berufen auf die hier nach L.R.S. 1341 Abs. 2, und L.R.S. 1347 mit H.R.S. 109 zulässigen Zeugen 2c. 2c. X.

IV.

Pfandklage.

1) Ein Vormund ist nicht befugt, ohne obervormundschaftliche Ermächtigung auf ein seinem Mündel zustehendes Pfandrecht zu verzichten.

2) Der dritte Inhaber, welcher mit einer Pfandklage bedroht ist, darf die Zahlung des Kaufschillings einstweilen zurückbehalten.

3) Das Pfandrecht haftet vermöge seiner Untheilbarkeit auf jeder einzelnen unter ihm begriffenen Liegenschaft insolange als nicht die ganze Pfandforderung getilgt ist.

Zelter gegen Benkarth.

Auf Klage des Pfandgläubigers wurden 5 Güterkäufer, obgleich sie den Kaufschilling vollständig bezahlt hatten, durch ein hofgerichtliches Urtheil für schuldig erkannt, unter Haftbarkeit eines Jeden für das Ganze, die eingeklagte Summe von 501 fl. 27 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 30. November 1857 an den Kläger zu zahlen oder von den in der Klage bezeichneten Unterpfändern ohne Vorbehalt abzutreten.

Dieses im Wege der Oberberufung von den Beklagten angefochtene Urtheil wurde am 4. November l. J. von großh. Oberhofgerichte bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger, welcher dem C. Bohlinger gegen Verpfändung von 6 Liegenschaften ein verzinsliches Darlehen von 1000 fl. gegeben hatte, begehrt von den 5 Beklagten, welche fünf Liegenschaften von der Ehefrau Degenfelder — der Rechtsnachfolgerin Bohlingers — im Wege einer freiwilligen Versteigerung erstanden haben, die Zahlung seiner Restforderung von 501 fl. 27 kr. sammt Zinsen, oder Abtretung von den ihm verpfändeten Liegenschaften.

Diese Klage ist nach L.R.S. 2168 rechtlich zulässig, nach dem Zugeständniß der Beklagten thatsächlich begründet und durch die dagegen vorgetragenen Einreden nicht elidirt.

Der ersten Einrede, wonach der frühere Vormund des Klägers in den Verkauf der Liegenschaften von Seiten der Ehefrau Degenfelder eingewilligt und damit auf das klägerische Pfandrecht verzichtet haben soll (L.R.S. 2180a), steht entgegen, daß ein Vormund gesetzlich nicht befugt ist, ohne obervormundschaftliche Ermächtigung auf ein seinem Mündel zustehendes Pfandrecht zu verzichten. arg. L.R.S. 457 und 464.

Die zweite Einrede der Beklagten stützt sich auf die Behauptung, daß sie ihre Kaufschillinge zufolge gantrichterlicher Verweisung bezahlt, nachdem die Gläubiger der in Gant gerathenen Ehefrau Degenfelder den bei der Ganteröffnung noch nicht zum Grundbuch eingetragenen

---

*) In diesen im süddeutschen Verkehre äußerst selten vorkommenden Coupons ist der Betrag des kleinen Kapitals ganz groß, und der Zins ganz klein gedruckt, und beide Summen sind so gestellt, daß man auf den ersten Blick nothwendig das Erstere für das Letztere halten muß. D. E.

Verkauf der Liegenschaften genehmigt gehabt hätten. Auch hieraus läßt sich eine Erlöschung des klägerischen Pfandrechts nicht ableiten.

Hätten die Beklagten die Liegenschaften in einer vom Ganitichter angeordneten Zwangsversteigerung erstanden, so würde die auf gantrichterliche Anweisung geleistete Zahlung der Steigschillige allerdings die Befreiung der Liegenschaften von der klägerischen Pfandforderung zur Folge gehabt haben. §. 1023 Pr.O. Allein die Versteigerung, worin die Beklagten die Liegenschaften erstanden, war eine freiwillige, und konnte auch die Eigenschaft einer in der Gant vorgenommenen Zwangsversteigerung nicht dadurch erlangen, daß die Gantgläubiger sich als Repräsentanten der Gemeinschuldnerin durch einen ohne Zuziehung des Pfandgläubiger und der Beklagten gefaßten Beschluß an den Verkauf gebunden erklärten. Es hatten die Zahlungen, welche die Beklagten nach gantrichterlicher Verweisung an die Gantmasse, oder an Gantgläubiger — und zwar zur Tilgung der Kaufschillingsforderung der Gemeinschuldnerin, nicht zur Tilgung der hypothekarischen Darlehensforderung des Klägers — leisten sollten und geleistet haben, auf die klägerische Forderung eben so wenig einen Einfluß, als wenn sie außerhalb der Gant an die Verkäuferin selbst oder auf deren Anweisung an Dritte geschehen wären. Sind die Beklagten sonach ungeachtet der Abtragung ihrer Kaufschillingsschuld zur Zahlung der klägerischen Forderung oder zum Abtreten von ihren Liegenschaften verbunden, so haben sie dieses dem Umstand beizumessen, daß sie der gantrichterlichen Verweisung gegenüber nicht von der Befugniß Gebrauch machten, welche L.R.S. 1653 dem mit einer Pfandklage bedrohten Käufer gewährt.

Wenn endlich ein Theil der Beklagten behauptet, daß sie ihre Kaufschillinge an den Kläger selbst bezahlt hätten, so ist auch diese Behauptung nicht geeignet, den gegen jene Beklagten gerichteten Anspruch des Klägers auf Zahlung seiner Restforderung als unbegründet darzustellen, weil das klägerische Pfandrecht vermöge seiner Untheilbarkeit auf jeder einzelnen unter ihm begriffenen Liegenschaft in so lange haftet, als nicht die ganze Pfandforderung getilgt ist. — L.R.S. 2114 — 2c. 2c.

D. R.

V.

Zu H.R.S. 37.

Unter dem Namen Royal-Belge wurde im Jahr 1852 mit Genehmigung der belgischen Regierung eine Lebens- und Rentenversicherungsgesellschaft mit dem Wohnsitz in Brüssel auf Actien gegründet. Später bildete sich in Deutschland eine Filialanstalt mit dem Sitz in Mannheim. Die Genehmigung der großh. badischen Regierung wurde am 12. April 1856 ertheilt. Schon vorher schloß die Gesellschaft mit badischen Staatsangehörigen Verträge ab. So am 9. August 1854 mit A. in C., der sich zur Zahlung einer Einlage von 155 Frcs verbindlich machte. Der Einleger zahlte nicht und hielt der am 4. November v. J. deßhalb erhobenen Klage entgegen:

> Der Art. 37 des H.R. bestimmt ausdrücklich, daß eine ungenannte Gesellschaft nur durch Erlaubniß der Regierung bestehen kann. So lange sie keine Staatserlaubniß erlangt hat, kann sie weder Rechte erwerben, noch können ihr gegenüber Verbindlichkeiten eingegangen werden, und ist folglich den vorher von ihr mit Dritten abgeschlossenen Verträgen eine Rechtswirkung nicht beizulegen.
>
> Vergl. Annalen X. Beibl. S. 25.

Das verhandelnde großh. Stadtamtsgericht C. erwog:

> Die Belge Royal ist keine Handelsgesellschaft im Sinne des H.R.S. 29 und 37. Das Rechtsverhältniß ist mithin, nachdem zwischen den Contrahenten abgeschlossenen Bedingungen L.R.S. 1134 und den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. In letzterer Beziehung liegt nun zwar ein gewagtes Geschäft vor, ein Assekuranzvertrag der Art, daß der Antheil der Verstorbenen den Ueberlebenden anwächst, nicht aber eine das Klagrecht entbehrende Wette.
>
> Vergl. Gerbers Privatrecht S. 334, und L.R.S. 1965.

Somit sind die der Gesellschaft gemachten Zusagen verbindlich, indem ferner z. B. kein Gesetz besteht, wornach in dem Großherzogthum derartige Gesellschaften verboten sind, L.R.S. 1133 und die nachzusuchende polizeiliche Erlaubniß auf das civilrechtliche Verhältniß keinen Einfluß hat. Hiernach erfolgte am 26. April v. J. das Urtheil nach dem Klagbegehren, welches, unter Hinweisung auf die stadtamtsgerichtlichen Gründe, am 2. November die hofgerichtliche Bestätigung erhielt.

v. Blittersdorff.*)

*) Referendär in Carlsruhe.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 50.

I.

Nutznießung

des überlebenden Ehegatten an den Erbbestandsgütern des kinderlos verstorbenen Ehetheils.

v. Hohnhorst Jahrb. III. 1 — 14.
Jahrbücher n. F. VIII. 555.
Annalen VII. 285. XIII. 262. XIV. 297.
Munck, Vorträge rc. S. 147 Note *

Hauser gegen Schneider.

Nachdem die Ehefrau des L. Schneider mit Hinterlassung von Erbbestandsgütern, welche früher ihren Eltern und später ihr selbst auf Leibeserben verliehen worden sind, kinderlos verstorben war, trat deren Bruder Georg Hauser gegen seinen verwittweten Schwager mit einer Klage auf, worin er die bis dahin im Besitz und Genuß des Beklagten gebliebenen Erbbestandsgüter nebst Früchten herausverlangte.

Diese Klage wurde jedoch durch die gleichförmigen Urtheile aller 3 Instanzen abgewiesen.

Im letzten Rechtszuge hob der Kläger noch besonders hervor, daß der Erbbestandsbrief im vorliegenden Falle dem Erbbeständer, abweichend von L.R.S. 1831 b g, jedes Veräußerungsrecht untersage, so daß die Erbbeständer nicht berechtigt gewesen wären, zu ihren Lebzeiten eine Nutznießung am Erbbestandsgute zu bestellen, weshalb auch die gesetzliche Nutznießung des überlebenden Ehegatten unter diesen Umständen ausgeschlossen sein werde.

Diese Ansicht fand bei der oberhofgerichtlichen Deliberation vom 13. Novbr. d. J. in so fern Unterstützung, als ein Votant bemerkte, daß sich der Lehenherr bei Veräußerungen des auf Leibeserben verliehenen Gutes das Recht der Einlösung, beziehungsweise des Einstehens in den Kauf vorbehalten hat. Hiernach konnte — so fährt der Votant fort — das Erblehen nur auf die vom ersten Erwerber abstammenden Nachkommen übergehen; es konnte an andere Personen weder verschenkt, noch vermacht werden. (L.R.S. 1831 b b Abs. 2 vergl. mit Abs. 4. Jahrb. n. F. 1844 S 563 Note.)

Konnte aber das Lehen an dritte nicht lehenberechtigte Personen weder verschenkt noch vermacht werden, so kann auch das gesetzliche Erbrecht des L.R.S. 738 a nicht stattfinden, weil dieses den ausdrücklichen Willen des Erblassers vertritt, wie aus der Natur der Sache, sodann aus L.R.S. 738 a a. E. und 1094 hervorgeht.

Es ist gleichgeltend, ob die Nutznießung auf den Todesfall im Ehevertrag ausdrücklich vermacht wird, oder stillschweigend, insofern die Eheleute sich ohne Ehevertrag ehelichen. (L.R.S. 1400. 1496.)

Diesem auf Abänderung der vordergerichtlichen Urtheile gerichteten Votum traten noch zwei andere Stimmen bei; allein die oberhofgerichtliche Mehrheit von 4 Stimmen adoptirte die Ansicht des großherzgl. Hofgerichts und dessen

Entscheidungsgründe.

Die am 27. August v. J. kinderlos verstorbene Ehefrau des Beklagten, mit dem sie in Ehegemeinschaft lebte, hinterließ die in der Beilage der Klage näher beschriebenen Erbbestandsgüter, welche von ihren Eltern auf sie übergegangen waren. In dem Transfirbrief v. 12. Nov. 1823 ist bestimmt, daß nur ihre ehelichen Leibeserben in gerader absteigender Linie succediren sollen.

Eine gleiche Bestimmung enthielt der Erbbestandsbrief vom 6. April 1811, durch welchen das Erblehen auf die Eltern der Erblasserin übertragen worden war.

Der Kläger, ein Bruder der verstorbenen Ehefrau des Beklagten, verlangt nun von letzterem die sofortige Abtretung der fraglichen Erbbestandsgüter und die Auslieferung der von ihm seit dem Tode seiner Ehefrau von denselben gezogenen Früchte; er leitet aber diesen Anspruch

nicht aus seiner Eigenschaft als Erbe einer Schwester, sondern aus seiner Abstammung von den früheren Inhabern des Erblehens, somit ex pacto et providentia majorum ab.

Der Beklagte dagegen glaubt, die lebenslängliche Nutznießung an diesen Gütern ansprechen zu können.

Daß dem Beklagten die eheliche Nutznießung an der Verlassenschaft seiner verstorbenen Ehefrau zusteht, kann nach Ansicht des L.R.S. 738a keinem Zweifel unterliegen. Es fragt sich daher, ob die in Frage stehenden Erbbestandsgüter zu dieser Verlassenschaft gehören und damit hängt die weitere Frage zusammen, ob, wie Kläger behauptet, bei Erbbeständen eine successio ex pacto et providentia majorum stattfindet?

Nach der allgemeinen Vorschrift des L.R.S. 723 bestimmt das Gesetz die Ordnung des Erbrechts unter den gesetzlichen Erben ohne Rücksichtsnahme auf die Natur der Güter und die Person, von welcher sie herrühren. L.R.S. 732.

Neben dieser gesetzlichen Ordnung findet auch eine testamentarische Erbfolge statt, jedoch immer nur auf die berufene nächstfolgende Person.

Erbverträge und Aftererbsetzungen sind verboten. L.R.S. 1130 und 896. Auch den Eltern ist es nicht gestattet, in der gesetzlichen Ordnung des Erbrechts ihrer Kinder oder Kindeskinder am elterlichen Vermögen oder des Erbrechts ihrer Kinder unter einander Veränderungen einzuführen. L.R.S. 1389.

Eine Ausnahme hievon bilden nur die Lehen- und Stammgüter (L.R.S. 732a und 896), zu welchen die Erbbestände nicht gezählt werden können; bei Erbbeständen tritt vielmehr nach ausdrücklicher Vorschrift des L.R.S. 1831bd die für Verlassenschaften überhaupt vorgeschriebene gesetzliche Erbfolge ein.

Daß eine successio ex pacto et providentia majorum bei Erbbeständen nicht stattfindet, ergibt sich auch noch aus den Bestimmungen der L.R.S. 1831bg u. bk.

Nach dem ersteren kann der Erbbeständer, wenn nicht einer der dort bezeichneten Ausnahmsfälle vorliegt, das Erbbestandsgut veräußern. Diese Bestimmung wäre mit einem seinen Nachkommen oder sonstigen Verwandten ex pacto et providentia majorum zustehenden Anspruch auf das Erblehen nicht vereinbar. Nach Vorschrift des letzteren kann in den in diesem Satze beschriebenen Fällen der Erbbestand auf Anrufen vom Richter für erloschen erklärt werden, ohne daß den Nachkommen oder Verwandten des Erbbeständers, welcher den Erbbestand verwirkt hat, ein Recht auf Wiederherstellung der Erblehensverhältnisse vorbehalten wird.

Umsonst beruft sich Kläger zur Begründung einer successio ex pacto et providentia majorum auf die L.R.S. 577ao und 1831bb. Der Satz 577ao sagt nur, daß nach dem Tode des Nutzeigenthümers, wenn dieser nicht der letzte der Erbberechtigten ist, das Nutzeigenthum auf den Nutzeigenthumserben übergeht; wer dieser ist, bestimmt das Gesetz, und da dieses, abgesehen von den Lehen- und Stammgütern, keine andere Erbordnung kennt, als jene in die Verlassenschaft überhaupt, so kann der Nutzeigenthumserbe nur der Erbe der Verlassenschaft, d. h. der Erbe des letzten Besitzers des Nutzeigenthums sein.

Der L.R.S. 1831bb. gestattet zwar, daß in dem Erbbestandvertrag bestimmt werde, auf welche Gattungen und Grade von Erben der Erbbestand übergehen soll; er führt aber dadurch keine eigenthümliche Erbfolgeordnung für Erbbeständer ein, und konnte solche bei dem positiven Verbot des Gesetzes nicht einführen, sondern er bezeichnet nur diejenigen Erben, mit deren Absterben der Erbbestand aufhören soll (L.R.S. 617. 577ao); er enthält somit keine Vorschrift über die Erbfolge, sondern nur eine solche über die Dauer des Erbbestands.

Es kann hiernach der Kläger einen Anspruch auf die Erbbestandsgüter nur in seiner Eigenschaft als Erbe seiner Schwester (L.R.S. 750) und nur in sofern geltend machen, als diese Erbbestandsgüter einen Bestandtheil der Verlassenschaft der letzteren bilden.

Als gesetzlicher Erbe tritt er in Besitz und Gewähr der ganzen Verlassenschaft der Erblasserin, er kann dieselbe nicht theilweise annehmen und theilweise ausschlagen; er ist nicht successor singularis, sondern successor universalis seiner Schwester. L.R.S. 724. Zachariä, I. §. 179 IV. §. 619 3. 4.

Gehören aber die Erbbestandsgüter zur Verlassenschaft der verstorbenen Ehefrau des Beklagten, so steht Letzterem auch die eheliche Nutznießung an denselben zu, da das Gesetz nirgends die Erbbestände dieser Nutznießung entzieht. L.R.S. 732a.

Das Erbrecht des Klägers wird durch die eheliche Nutznießung des Beklagten in keiner Weise geschmälert; denn er hat auf die Erbbestandsgüter seiner Schwester nicht mehr Anspruch als auf den übrigen Nachlaß derselben; er kann dieselben daher nur mit der darauf ruhenden Last in Anspruch nehmen ꝛc. ꝛc.

D. R.

II.

Dem Ankläger steht die Befugniß zu, auch noch nach Ablauf der vierwöchentlichen Frist des §. 343 St.-Pr.O. auf den Vollzog einer wegen Ehrenkränkung erkannten Strafe zu verzichten, wenn er auch während dieser Frist eine Erklärung nicht abgegeben hatte.

Bürgermeister Walz erhob gegen Anton Jüngling eine Anklage wegen Ehrenkränkung, und erwirkte ein Erkenntniß, welches den Angeklagten der Ehrenkränkung mit Beziehung auf den Dienst des Anklägers für schuldig erklärte, und ihn in eine vierwöchentliche Amtsgefängnißstrafe verfällte. Der Angeklagte verzichtete auf den Rekurs gegen dieses Erkenntniß, und der Ankläger verzichtete nicht innerhalb der vierwöchentlichen Frist des §. 343 St.Pr.O. auf den Vollzug des Urtheils. Als nach umlaufener Frist Jüngling zum Strafvollzug vorgeladen wurde, so überbrachte er einen „Bericht" des Bürgermeisters Walz, worin das Gesuch des Angeklagten wegen dringender Feldarbeiten den Strafvollzug zu verschieben unterstützt, und worin „die weitere Bitte" gestellt wird, „wenn möglich dem Rubrikaten mit der Bedingung, „daß er sich für die Zukunft eines rechtschaffenen Lebens„wandels befleißige, seine ihm auferlegte Strafe gänzlich „nachlassen zu wollen."

Das großh. Amtsgericht Rastadt war der Ansicht, daß die Strafe nunmehr nicht zu vollziehen sei.

Es wurde ihm jedoch von dem mittelrheinischen Hofgerichte bemerkt, „daß, nachdem der Verzicht des Bürgermeisters Walz auf den Strafvollzug, nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt ist, auf die verspätete Verzichtserklärung keine Rücksicht zu nehmen, und die rechtskräftig gewordene Strafe an dem Verurtheilten in Vollzug zu setzen, demselben jedoch zu überlassen sei, die vorliegenden Verhältnisse zur Erwirkung einer Begnadigung höheren Orts zu benützen."

Gegen diesen Bescheid ergriff Jüngling das Rechtsmittel der Beschwerde, oder wenn dieses nicht zulässig sein sollte, des Rekurses an den höchsten Gerichtshof, indem er die Ansicht ausführte, daß der Sinn des Gesetzes in §. 343 der St.Pr.O. dahin gehe, daß wenn innerhalb der vierwöchentlichen Frist ein Verzicht auf den Strafvollzug nicht ausgesprochen werde, der Strafvollzug zwar anzuordnen, nicht aber dem Ankläger das Recht entzogen sei, auch später auf den Strafvollzug zu verzichten. Das großh. Oberhofgericht fand die Beschwerde begründet, und ordnete an, daß von dem Vollzuge der erkannten Strafe Umgang zu nehmen sei. Die zu diesem Bescheide gegebenen Entscheidungsgründe besagen:

Der Zulässigkeit der Beschwerde steht nicht entgegen, daß der Angeklagte auf den Rekurs gegen das Straferkenntniß selbst verzichtet hat, da jetzt die Rechtsbeständigkeit jenes Urtheils nicht in Frage liegt, und eine Abänderung desselben nicht herbeigeführt werden soll. Die Beschwerde erscheint auch nach der Entstehungsgeschichte des §. 343 der St.Pr.O. (§. 312 des Entwurfs) als begründet.

Der Regier.Entw. stellte nemlich das Prinzip auf, daß ein Strafvollzug bei Injurienprozessen überhaupt nur stattfinden solle, wenn der obsiegende Ankläger den Vollzug begehrt. Seinem Ermessen sollte es anheimgegeben bleiben, ob er nicht schon in dem richterlichen Ausspruche, daß sein Gegner eines Vergehens gegen ihn sich schuldig gemacht habe, und strafwürdig geworden sei, die gewünschte Genugthuung finde. Bei der ersten Berathung des Gesetzes in der zweiten Kammer erklärte auch diese mit dem fraglichen Prinzipe sich einverstanden, und hielt nur für angemessen, dem Ankläger eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher er den Vollzug zu begehren habe, damit nicht der Fall eintreten könne, daß der verurtheilte Angeklagte während der ganzen Verjährungszeit in der Ungewißheit bleibe, ob der Vollzug stattfinde. Eine abweichende Meinung entstand erst in der Commission der ersten Kammer, deren Minorität dahin sich aussprach:

„Es sei nicht gerechtfertigt, den Ankläger nach „Durchführung des Prozesses noch einmal zum ge„richtlichen Auftreten zu nöthigen, und es könne die„ses auch für den, der dieser normalen Gesetzesbe„stimmung nicht kundig sei, die Folge äußern, daß „er die mühsam erstrittene Satisfaktion ohne seine „Schuld verliere."

Auch hiernach sollte der Urtheilsvollzug im Wesentlichen durch die Einwilligung des Beleidigten bedingt sein, und die Abänderung in dem von der Kammer angenommenen Entwurfe nur darin bestehen, daß man dem Ankläger erleichtern wollte, zu der selbst gewünschten Genugthuung zu gelangen, indem nicht mehr ein actives Auftreten von seiner Seite verlangt wurde, um jenen Zweck zu erreichen, vielmehr sein muthmaßlicher Wille schon aus

dessen passivem Verhalten während einer bestimmten Zeit erkannt, und deshalb nach deren Umlauf der Richter ermächtigt sein sollte, jenem muthmaßlichen Willen gemäß mit dem Strafvollzuge zu beginnen.

Nach der der erwähnten Modifikation zu Grunde liegenden Absicht kann man nicht als ausgeschlossen betrachten, daß, sofern der Richter nach Umlauf der Frist des §. 343 St.Pr.O. der ihm darin ertheilten Weisung noch nicht Genüge geleistet, und die Strafe noch nicht vollzogen hat, es also physisch noch möglich ist, davon Umgang zu nehmen, demjenigen auf dessen Betreiben allein die vorausgegangene Prozedur stattgefunden, und der auch allein ein Interesse hat, die Strafe vollzogen zu sehen, gestattet sei, den Verzicht auf letztere mit Rechtswirkung auszusprechen, seinem vom Gesetze zuvor nur vermutheten Willen eine von dieser Vermuthung abweichende ausdrückliche Willenserklärung zu substituiren. Es steht dieses mit dem §. 322 St.G.B. insbesondere, nach welchem die Zurücknahme der Anklage nur so lange gestattet sein soll, als nicht das verurtheilende Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen ist, keineswegs im Widerspruch. Denn abgesehen davon, daß die St.Pr.O. auch nach der Fassung, in welcher sie verkündet wurde, dem Ankläger einen nach Eintritt der Rechtskraft noch wirksamen und größeren Einfluß auf den Strafvollzug im Allgemeinen einräumt, als ihm in den Motiven zu §. 287, jetzt 322 St.G.B. zugedacht war, ist zwischen der Zurücknahme einer Anklage und dem Verzichte auf den Vollzug der auf solche ausgesprochenen Strafe ein wesentlicher Unterschied. Durch Erstere wurde gewissermaaßen die ganze Prozedur aufgehoben; bei Letzterem bleibt dagegen der richterliche Ausspruch, daß der Angeschuldigte sich eines Vergehens schuldig gemacht habe, aufrecht erhalten. Die Verurtheilung behält für den Verurtheilten, z. B. bei bezüglich auf seinen bei späteren Vergehen zur Sprache kommenden Ruf, bezüglich auf seine Verbindlichkeit Gerichtskosten zu zahlen, die volle Wirkung mit der alleinigen Ausnahme, daß er die erkannte Strafe nicht erstanden hat. Während der Angeklagte eines Vergehens rechtskräftig für schuldig erklärt ist, beruhigt sich der Ankläger bei dem Theile des richterlichen Ausspruchs, daß sein Gegner ihm ein strafwürdiges Unrecht zugefügt hat, was für die Genugthuung eines leidenschaftslosen Mannes, oft den gleichen Werth hat, als wenn nebenbei sein Gegner noch einige Tage in Verhaft genommen wird.

Hiernach ist, da die ins Leben getretene Gesetzgebung, soweit sie vom Regierungsentwurfe abweicht, einerseits die Stellung des verurtheilten Angeklagten nicht wesentlich verschlimmern, andererseits aber die Befugniß des Anklägers nicht schmälern, vielmehr es ihm nur erleichtern will, zum Urtheilsvollzuge zu gelangen, auch vom Richter, wenn der Ankläger erst nach Umfluß der im §. 343 St.Pr.O. bestimmten Frist seine Absicht zu erkennen gegeben hat, eine auf seine Klage erkannte Strafe nicht zum Vollzuge gebracht zu sehen, dann statt zu geben, wenn es noch möglich ist. O.

III.

Bruch der polizeilichen Aufsicht.

§. 27. 28 St.G.B.

Annalen XXIV. S. 221.

Andreas Lang von W. wurde durch Urtheil des Hofgerichts des Seekreises vom 21. Januar v. J. wegen dritten gemeinen Diebstahls, wegen Betrugs und Betrugsversuchs im zweiten Rückfalle verübt und wegen Fälschung eines öffentlichen Zeugnisses zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre verfällt und ward zugleich ausgesprochen, daß er nach erstandener Strafe auf die Dauer eines Jahres unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sei. Dieses Urtheil wurde dem Lang am 27. Januar v. J. eröffnet und am gleichen Tage durch Ablieferung desselben in die Strafanstalt in Vollzug gesetzt. Am 30. Januar d. J. erfolgte sodann die Entlassung des Lang aus der Strafanstalt; der mit Laufpaß nach Hause gewiesen wurde. Er stellte sich am 1. Februar d. J. beim Bezirksamt C., woselbst er die Weisung erhielt, sich nach Hause zu begeben, und an das Bürgermeisteramt der Heimathsgemeinde des Lang erging der Auftrag, denselben gehörig zu beaufsichtigen. Dagegen wurde von dem Bezirksamt C. unterlassen, dem Lang bei seinem Eintreffen den Inhalt der §§. 27. 28 St.G.B. zu eröffnen, eine ernstliche Ermahnung und Anleitung zu einer zweckmäßigen Lebensweise zu ertheilen, darüber ein kurzes Protokoll aufzunehmen, dem Bürgermeister eine Abschrift davon mitzutheilen, auch dem Bürgermeister und der Gendarmerie die erforderlichen Weisungen zur Ueberwachung des Vollzugs der polizeilichen Aufsicht zu ertheilen, wie dieses durch Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 7. August 1852 No. 11,241 vorgeschrieben ist. Im Februar d. J. verlangte Lang ein Wanderbuch, um seinen Erwerb

als Kunstgärtner auswärts zu suchen, erhielt aber keines, worauf er sich am 5. Februar ohne Erlaubniß des Ortsvorstandes oder der Polizeibehörde aus seiner Heimathsgemeinde entfernte. Er begab sich in die Schweiz und trieb sich unter verschiedenen Vorwänden im Ausland herum, bis er am 16. Juni d. J., also nach Umfluß von 4 Monaten in Ravensburg wegen Mangels an Ausweis verhaftet und an das Bezirksamt C. abgeliefert wurde, welches als Polizeibehörde auf gerichtliche Bestrafung des Lang wegen Bruchs der polizeilichen Aufsicht angetragen hat, §. 28 St.G.B. Von dem Amtsgericht C. wurden die Akten dem Hofgerichte des Seekreises zur Aburtheilung vorgelegt, weil das Amtsgericht der Ansicht war, daß eine seine Gerichtsbarkeit nach § 17 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 übersteigende Strafe gegen den Angeschuldigten zu erkennen sei. § 18 des allegirten Gesetzes.

Vom großh. Hofgericht des Seekreises erging am 3. Juli d. J. folgendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß zwar durch diesseitiges Urtheil vom 23. Februar 1857 ausgesprochen wurde, daß Andreas Lang nach erstandener Strafe unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sei, daß aber diese Anordnung nicht in Vollzug getreten ist, indem dem Angeschuldigten nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt die Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufsicht nicht eröffnet wurden, auch weder dem Bürgermeisteramte, noch der Gendarmerie die vorgeschriebenen Weisungen wegen Ueberwachung des Vollzugs zugegangen sind. §. 28 des St.G.B.

Verordnung großh. Justizministeriums vom 31. Juli 1852.

Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 7. August 1852.

In Erwägung, daß hiernach der Angeschuldigte zur Zeit seiner Entfernung von Haus nicht als unter polizeiliche Aufsicht gestellt betrachtet werden konnte.

Aus diesen Gründen wird verfügt:

Es sei wegen Mangels einer gerichtlich strafbaren Handlung kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten Andreas Lang vorhanden und derselbe von den Kosten des Strafprozesses freizusprechen.

Hiegegen ergriff der Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung und gründete dieselbe darauf, daß nach §. 27. 28 des St.G.B. die Entlassung aus der Strafanstalt derjenige Zeitpunkt sei, wo die Stellung unter polizeiliche Aufsicht zu laufen beginne, und daß der Lauf nicht etwa dadurch aufgehalten werden könne, daß die Polizeibehörde unterlassen hatte, die vorgeschriebenen, zur Wirksamkeit der polizeilichen Aufsicht dienenden Maaßregeln anzuordnen, daß daher mit der Entlassung des Sträflings aus der Strafanstalt auch der Eintritt der Wirkungen der Stellung unter polizeiliche Aufsicht beginne, und daß, wenn der Sträfling die Vorschriften in §. 27 St.G.B. übertrete, er sich des Bruchs der polizeilichen Aufsicht schuldig gemacht habe, daß sich auch der Angeschuldigte nicht darauf berufen könne, als habe er die gesetzlichen Bestimmungen in §. 27. 28 St.G.B. nicht gekannt, da gemäß L.R.S. 1 b Jedermann die Gesetze kennen muß und nach §. 73 St.G.B das Nichtwissen des Strafgesetzes die gesetzliche Strafe nicht ausschließt.

Der Staatsanwalt berief sich zur Unterstützung der Beschwerde namentlich auf die Verordnung des großh. Ministeriums des Innern vom 7. August 1852 Nr. 11,241, woselbst nemlich unter Ziff. 7 folgendes bestimmt ist: „Im Falle ein Sträfling nach Entlassung aus der Strafanstalt vor dem Amte seiner Heimath sich gar nicht oder mit Rücksicht auf die in dem Laufpaß bestimmte Zeit verspätet stellt, so ist hieron sowie überhaupt von jedem Bruche der polizeilichen Aufsicht sogleich dem zuständigen Gerichte Nachricht zu geben und der geeignet scheinende Strafantrag zu stellen," woraus unzweifelhaft hervorgeht, daß die Staatsbehörde selbst die eben entwickelte Ansicht als die richtige anerkennt.

Vom großh. Oberhofgericht erging am 20. September d. J. folgendes Erkenntniß:

In Erwägung, daß wenn in einem Strafurtheil gegen einen Angeschuldigten, sei es in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen der §§. 25. 43 des St.G.B. oder zufolge der besonderen Vorschriften der §§. 481 und 642 des St.G.B. auf Stellung unter polizeiliche Aufsicht erkannt, oder, was dasselbe ist, ausgesprochen wird, daß er unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sei, die Wirkungen, welche der §. 27 mit dieser Anordnung verbindet, und welche der Verurtheilte ebenso kennen muß, wie die übrigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches §. 73 desselben, sofort nach Erstehung der gegen denselben verhängten Freiheitsstrafe kraft Gesetzes eintreten, und deren Eintritt durch keine weitere Vollzugshandlung von Seite des vollstreckenden Richters — §. 343 der St.Pr.O. — namentlich weder eine Benachrichtigung der Polizeibehörde, noch eine Bestimmung des Anfangstermins der polizeilichen Aufsicht,

noch eine deßfallsige besondere Eröffnung an den Verurtheilten bedingt ist;

In Erwägung, daß wenn daher auch in dem vorliegenden Fall zum Vollzug der gegen den Angeschuldigten erkannten Stellung unter polizeiliche Aufsicht nichts weiter geschehen, namentlich weder in dem deßfallsigen Urtheil vom 21. Januar 1857, noch in einer späteren Verfügung des Strafrichters bezüglich des Anfangs fraglicher Maaßregel etwas bestimmt worden ist, insbesondere nicht angeführt wurde, daß sie unmittelbar nach Vollzug der Freiheitsstrafe beginne, dieselbe gleichwohl vom 30. Januar d. J. an wirksam wurde, da mit diesem Tage der Angeschuldigte die gegen ihn erkannte Strafe erstanden hatte; es sich aber von selbst versteht, daß die Aufsicht erst nach dem Strafvollzuge zu beginnen hat, und daß sie um ihres Zweckes willen, auch unmittelbar und sogleich nach dem Strafvollzuge beginnen muß;

Im Erwägung, daß hiernach der Angeschuldigte, als er im Februar d. J. seinen Heimathsort ohne Erlaubniß verließ, bereits zu den unter polizeiliche Aufsicht gestellten Personen gehörte, und daß somit die That desselben unter die Strafbestimmung des §. 28 St.G.B. fällt;

Aus diesen Gründen, sodann nach Ansicht des §. 36 des Einf.Gesetzes vom 5. Februar 1851 wird auf die Beschwerde des großh. Staatsanwalts das Erkenntniß des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 3. Juli d. J. No. 3309 besagend:

„Es sei wegen Mangels einer gerichtlich strafbaren Handlung kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten Andreas Lang vorhanden und derselbe von den Kosten des Strafprozesses freizusprechen;"

aufgehoben und die Sache an das großh. Hofgericht zurückgewiesen, um nach gepflogener mündlicher Schlußverhandlung, wobei keiner der früheren Richter mitzuwirken hat, ein Erkenntniß zu geben. Die Entscheidung über die Kosten bleibt bis zum Endurkenntniß über die Hauptsache ausgesetzt.

Haager.

IV.

Entscheidungen aus dem Gebiete des französischen Criminalrechts.

1.

Der Cassationshof hat durch Erkenntniß vom 3. Dezember 1857 ausgesprochen, daß die Straflosigkeit, welche Art. 380 Code pén. hinsichtlich der Entwendungen unter Ehegatten und zwischen Ascendenten und Descendenten festsetze, auf die von einem Ehemann zum Nachtheile seiner Ehefrau verübte Fälschung nicht anwendbar sei, weil der erwähnte Artikel in dem Kapitel über die Verbrechen gegen die Privaten stehe, und seinen singulären Bestimmungen eine Ausdehnung über die darin vorgesehenen Fälle nicht zulassen, während das Verbrechen der Fälschung seine Stellung in dem Kapitel über Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden habe und Dritten Nachtheil bringen könne, auch unabhängig von dem Gegenstand, welchen der Urheber des Vergehens ursprünglich im Auge gehabt habe, fortbestehe.

Sirey 1858. I. 48.

Das badische Strafgesetzbuch bestimmt in §. 388 gleichfalls, daß Entwendungen unter Ehegatten oder an Abkömmlingen begangen bloß bürgerliche Klagen auf Wiedererstattung begründen. Diese Straflosigkeit tritt nach §. 457 St.G.B. auch bei dem Betrug ein. In dem XXX. Titel, von der Fälschung ist eine ähnliche Bestimmung nicht enthalten; es könnte sich nun fragen, ob in den Fällen des §. 423. 424 und 430 St.G.B., in welchen die Fälschung zum Zweck der Verübung eines Betrugs geschieht, Demjenigen, der zum Nachtheil seiner Kinder eine Fälschung verübe, der §. 457 St.G.B. zu Statten komme? Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises hat diese Frage durch Urtheil vom 29. Mai 1857 verneinend entschieden.

Vrgl. Thilo, Strafgesetzbuch zu §. 388 St.G.B Seite 335, 336.

2.

Metreau stand, angeklagt eines Mordversuchs und der Fälschung einer öffentlichen Urkunde vor dem Schwurgericht. Er wurde beider Vergehen für schuldig erkannt. Die Strafe der Fälschung ging in der größeren auf Mord gesetzten auf. (Art. 365 cod. inst. crim.) Später ergab es sich, daß eine bei den Verhandlungen über diesen Fall eidlich vernommene Zeugin L. unwahre Angaben gemacht hatte. Sie wurde

auch einige Monate später von den Geschworenen des falschen Zeugnisses zum Nachtheil des des Mordversuchs angeklagten Metreau für schuldig erkannt.

Der Generalprocurator bemerkte in seinem Antrag an den Cassationshof (Art. 445 cod. inst. crim.) daß das Verbrechen der Fälschung mit dem des Mordversuchs, auf welch' letztren sich das falsche Zeugniß der L. ausschließlich beziehe, nicht connex und deßhalb die Antwort der Jury auf die sechste und siebente ihr gestellte Hauptfrage aufrecht zu erhalten sei.

Diesem Antrag gemäß vernichtete der Cassationshof die Erklärung der Geschworenen, soweit sie den Metreau des Mordversuchs für schuldig erkannte, sammt dem auf Grund dieser Antwort erfolgten Urtheil des Schwurgerichtshofs, hielt jedoch die Erklärung der Jury in soweit aufrecht, als sie die dem Metreau zur Last gelegte Fälschung betraf, und während der Cassationshof hinsichtlich des ersteren Vergehens den Assisenhof, an welchen er die Sache verwies, mit der nochmaligen Verhandlung derselben beauftragte, wies er ihn bezüglich des Verbrechens der Fälschung nur an, die gesetzliche Strafe auszusprechen.

Sirey 1858. I. 83.

Wenn aber zwei mit einander connexe, in einem inneren Zusammenhang stehende Verbrechen concurriren, so hat sich die Cassation auf beide zu erstrecken.

So erkannte der Cassationshof in folgendem Falle: Claude G., ein 70jähriger Greis, wohnte in einem isolirt stehenden Hause. In der Nacht vom 15. auf den 16. Oktober 1847 wurde dies ein Raub der Flammen. In der Nähe der Eingangsschwelle lag der Leichnam von Claude G. Der Tod des letzteren war die Wirkung eines Verbrechens, dessen Spuren durch die Brandstiftung vermischt werden sollten. Ein System falschen Zeugnisses brachte Francais L e s n i e r und dessen Vater Jean L e s n i e r vor die Assisen. Der Letztere wurde freigesprochen, Lesnier Sohn aber für schuldig erklärt: 1) in fraglicher Nacht das Haus des Claude G. angezündet; 2) diesen damals ermordet zu haben, welcher Mord dem Verbrechen der Brandstiftung vorangegangen oder nachgefolgt, oder damit gleichzeitig verübt worden sei. Die Geschworenen nahmen mildernde Umstände an; Lesnier wurde unterm 2. Juli 1848 zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verurtheilt. Er hörte nie auf, seine Unschuld zu betheuern. Als Galeeren-Sträfling erregte er zu Rochefort und Brest in den Jahren 1849 bis 1854 die Aufmerksamkeit und Theilnahme der Aufsichtsbeamten durch musterhaftes Betragen. — Bei der Verurtheilung des Angeklagten hatten zwei Zeugen einen entscheidenden Einfluß geübt:

Louis D a i g n a u d und Marie C e s s a c geehlichte L e s p a g n e. — Im Jahre 1854 verbreitete sich das Gerücht, daß beide Zeugen falsch ausgesagt, um der Gerechtigkeit den wirklichen Schuldigen — Peter L e s p a g n e — zu entziehen. Die Anklagekammer verwies am 30. Dezember 1854 den Peter Lespagne — wegen Ermordung des Claude G., Brandstiftung und Anstiftung des L. Daignaud und der Marie Cessac, geehlichte Lespagne, zum falschen Zeugniß — vor das Schwurgericht. Auf gepflogene Verhandlungen, in welchen die Angeklagten zögernd Geständnisse ablegten, wurde unterm 16. März 1855 Lespagne der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperverletzung verübten Tödtung und der Anstiftung des L. Daignand zum falschen Zeugniß für schuldig erkannt. Die auf Brandstiftung gerichtete Frage wurde trotz des nothwendigen Zusammenhangs beider Thatsachen verneinend entschieden. Lespagne Ehefrau und Daignand wurden des falschen Zeugnisses für schuldig erkannt; alle drei zu 20jähriger Zwangsarbeit verurtheilt.

Der Generalprocurator beantragte gemäß Art. 443 cod inst. crim., (weil 2 Personen durch 2 verschiedene Urtheile desselben Vergehens schuldig erkannt seien) und Art. 445 (wegen der falschen Zeugnisse, auf Grund deren die erste Verurtheilung erfolgte) Revision des Verfahrens. Er hob in seinem Antrag insbesondere hervor, daß ungeachtet des Verdicts der Geschworenen vom 16. März 1855 der Mörder des Claude G. und der Brandstifter E i n e Person seien, und daß wenn Lesnier nicht den Mord verübt habe, er noch weniger der Brandstiftung schuldig sei, welche ersteres Vergehen begleitet habe.

Diesem Antrag entsprechend und gleichfalls davon ausgehend, daß die Anklage nicht getheilt werden könne, vielmehr in ihrer Totalität vor der neuen Jury wiederholt zur Verhandlung kommen müsse, vernichtete der Cassationshof durch Arret vom 2. Juni 1855 das Urtheil vom 2. Juli 1848 gegen Lesnier und vom 16. März 1855 gegen Peter Lespagne (wegen fahrlässiger durch vorsätzliche Körperverletzung verübter Tödtung) und verordnete eine neue Verhandlung sowohl wegen der Anklage des Mords als der Brandstiftung bezüglich der Angeklagten Lesnier und Lespagne.

Sirey 1855. I. 460.

V.

Rotheid.

Zur Erläuterung des §. 563. 2 der Pr.O.

Lindenstruth gegen Werckbach.

Durch ein hofgerichtliches Urtheil vom 30. November 1857 war dem Kläger über gewisse Thatsachen der Reinigungseid auferlegt, den er aber nicht mehr ausschwören konnte, weil ihn noch vor der Zustellung des Urtheils der Tod von dieser Welt abgerufen hatte.

Der Beklagte beantragte nunmehr auf Grund des §. 563 Abs. 2 der Pr.O. ein neues Erkenntniß über die Frage: ob und welcher von beiden Parteien ein Rotheid aufzulegen sei?

Darauf erkannte das großh. Hofgericht durch Beschluß vom 31. Mai 1858: daß der durch sein Urtheil vom 30. Mai 1857 dem Kläger anferlegte Reinigungseid nunmehr von dessen Wittwe als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder, der Erben des verstorbenen Klägers, geleistet werden soll, wogegen sich der Kläger beschwerte, weil nicht er zum Rotheid zugelassen wurde.

Das oberhofgerichtliche Urtheil vom 30. Oktober l. J. willfahrt dem Gesuche des Beklagten in so ferne als er hiernach einen Erfüllungseid auszuschwören hat.

Entscheidungsgründe.

Wenn ein vom Richter aufgelegter Rotheid der schwurpflichtigen Partei deßhalb nicht mehr abgenommen werden kann, weil dieselbe vor der Leistung dieses Eides gestorben ist, so ist, wenn der Eid nicht zufolge §. 562 der Pr.O. als geschworen angenommen werden kann, der Versuch des Richters, durch das Auskunftsmittel des Rotheides seine noch schwankende Ueberzeugung zu einem zuverlässigen Resultate zu bringen, mißlungen, und eben deßhalb der Streit, in soweit dessen Entscheidung von der Ausschwörung oder Nichtausschwörung jenes Eides, also von einer durch einen reinen Zufall unausführbar gewordenen Voraussetzung abhängig gemacht wurde, unentschieden geblieben, der Richter somit in die Rothwendigkeit versetzt, an die Stelle seines unwirksam gewordenen Erkenntnisses eine neue Entscheidung zu setzen, welche dann allein das Endurtheil über den fraglichen Streitgegenstand bildet.

Wenn daher die hier anwendbare Bestimmung der Pr.O. im §. 563 No. 2 den Richter in einem solchen Falle anweist, von neuem zu erkennen, so ist diese Vorschrift lediglich in dem oben angegebenen Sinne aufzufassen, da dieser allein der Natur der Sache entspricht, und auch mit den von den bewährtesten Schriftstellern des gemeinen Prozeßrechtes — vergl. Schmid Handbuch II. Bd. p. 415 — aufgestellten Grundsätzen übereinstimmt.

Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß das Gesetz, als Gegenstand des neuen Erkenntnisses blos die Frage bezeichnet: „ob und welcher der beiden Parteien der nothwendige Eid aufzuerlegen sei" und daß dasselbe den Richter anweist „ohne weitere Verhandlung" zu erkennen. Denn was den ersteren Punkt anbelangt, so muß es, wenn dies auch im Gesetz nicht besonders ausgedrückt wurde, als sich von selbst verstehend betrachtet werden, daß der Richter sich nicht, wenigstens nicht in allen Fällen, auf die Entscheidung jener bloßen Rechtsfrage beschränken kann, sondern zugleich zu erkennen geben muß, welche Folgen er an die Beantwortung derselben in Bezug auf den Streitgegenstand knüpfen will, und es wird dies besonders dann umumgänglich nöthig, wenn der Richter z. B. zu der Ansicht kommt, daß gar kein Rotheid mehr aufzuerlegen sei. Was aber die fernere Vorschrift des Gesetzes, daß ohne weitere Verhandlung zu erkennen seie, anbetrifft, so bezieht sich diese Bestimmung offenbar nur auf das Gericht, welches das frühere Erkenntniß erlassen hat, und hat wohl nur darin ihren Grund, daß der Gesetzgeber für die Instanz, in welcher bereits bei Erlassung des ersten Erkenntnisses der Schluß der Verhandlung erkannt, und die Richtigkeit und Spruchreife derselben angenommen worden, eine Wiederaufnahme derselben und die dadurch begründete Verzögerung der Endentscheidung verhüten wollte; niemals aber kann ihr der Sinn beigelegt werden, daß die Partei, welche mit dem (neuen) Endurtheil nicht zufrieden ist, und ein Rechtsmittel dagegen ergreift, die ihr nach der Prozeßordnung §. 352, 367. 1124 zukommende Beschwerde gegen das Verfahren, insbesondere gegen die ergangenen Zwischenbescheide, nicht mehr geltend machen dürfte ꝛc.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. **Jahrgang XXV.** **No. 51.**

I.

Folgen der Nichterfüllung bei Käufen und Lieferungsverträgen.

In No. 4 dieses Jahrgangs wurden die Bestimmungen mitgetheilt, welche die Nürnberger Conferenz bei der ersten Lesung des allgemeinen deutschen Handels-Gesetzbuchs festgesetzt hat. Bei der zweiten Lesung haben diese einige Aenderungen erfahren, welche in Nachfolgendem einer Critik unterzogen werden sollen:

In Art. 331 wird übereinstimmend mit Art. 297 des frühern Entwurfs festgesetzt, daß Lieferungsverträge über vertretbare Sachen nach den Bestimmungen über den Kauf zu beurtheilen sind. Rücksichtlich des Kaufs wird unterschieden, ob die Contrahenten eine Zeit oder eine Frist für die Erfüllung festgesetzt haben oder nicht. In beiden Fällen kann zwar jeder Contrahent, wenn der andere im Verzug ist, vom Vertrage abgehen, jedoch soll er dann, wenn keine Zeit der Erfüllung vertragsmäßig festgesetzt war, nach Art. 334 seine Absicht, vom Vertrage abzugehen, dem andern Contrahenten kund thun, und ihm dabei, **wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt**, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren; wo aber eine Zeit zur Erfüllung vertragsmäßig festgesetzt war, bedarf es dessen nicht (Art. 335). Es ist daher anerkannt, daß kein Contrahent verbunden ist, eine **nach der vertragsmäßig** festgesetzten Zeit angebotene Erfüllung anzunehmen; vielmehr ist er berechtigt, nach Umlauf der festgesetzten Zeit vom Vertrage abzugehen, wenn er will, wobei es sich von selbst versteht, daß er auch Erfüllung verlangen kann, wenn er etwa diese seinem Interesse angemessen erachtet. Der hier gewählte Ausdruck „vom Vertrage abgehen" dürfte wohl viel entsprechender sein, als die Vertragsauflösung, welchen der code civil und nach diesem unser Landrecht in dem Art. 1184 gebraucht. Denn die Vertragsauflösung hebt alle Folgen des Vertrags, mithin auch das Recht auf Entschädigung wegen Nichterfüllung auf, was natürlich nicht in der Intention des Gesetzgebers liegen kann. Wenn hiernach der vorliegende Entwurf das Verdienst einer richtigern Erkenntniß für sich beanspruchen kann, so scheint dies weniger rücksichtlich einer andern Unterscheidung, welche der Entwurf aufstellt, der Fall zu sein. Es werden nämlich, je nachdem der Verkäufer oder der Käufer mit der Vertragserfüllung in Verzug kömmt, verschiedene Bestimmungen in dem vorliegenden Entwurf getroffen. In Art. 332 ist festgesetzt, daß wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, und die Waare noch nicht übergeben ist, der Verkäufer die Wahl habe, ob er Erfüllung des Vertrags verlangen, oder ob er die Waare **nach vorgängiger Androhung** unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 320 für Rechnung des Käufers verkaufen, oder ob er von dem Vertrage abgehen will. In Art. 320, auf welchen hier Bezug genommen ist, wird bestimmt:

„Der Verkäufer ist verpflichtet, die Waare, so lange der Käufer nicht im Verzug ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufzubewahren. Ist der Käufer mit der Empfangnahme **im** Verzug, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Lasten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen. Er ist auch befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich verkaufen zu lassen; er darf, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermanglung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preis bewirken. Ist die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug, so be-

darf es der vorgängigen Androhung nicht. Von der Vollziehung des Verkaufs hat der Verkäufer den Käufer, so weit es thunlich, sofort zu benachrichtigen; bei Unterlassung ist er zum Schadenersatz verpflichtet."

Der Verkäufer kann demnach, wenn der Käufer im Verzug ist, entweder Erfüllung begehren, oder in Gemäßheit des Art. 320 über die Waare verfügen, oder endlich vom Vertrag abgehen. Daß er daneben auch Schadenersatz begehren könne, ist nirgends gesagt, während Art. 333 dem Käufer für den Fall des Verzugs des Verkäufers ausdrücklich das Recht auf Schadenersatz wahrt. Der Verkäufer kann im Fall sein, durch den Verzug des Käufers in Schaden zu kommen, zunächst schon dadurch, daß die Waare einen gewissen Raum einnimmt, den der Verkäufer so lange, bis der Käufer die Waare abnimmt, entbehren muß. Darf er dafür Lagerspesen anrechnen? Wenn Thiere verkauft worden sind, darf der Verkäufer Vergütung für das Futter, für die Hut, für die Wartung und Pflege derselben während der Dauer des Verzugs des Käufers fordern? Man sollte glauben, darüber könne kein Zweifel obwalten, können aber nicht böswillige Käufer sich hinter das Stillschweigen des Gesetzes flüchten, und ein Argument daraus entnehmen, daß bezüglich des Falles, wenn der Verkäufer im Verzug ist, dem Käufer ein Recht auf Schadenersatz ausdrücklich zuerkannt ist, mithin der Gesetzgeber, wenn er dem Verkäufer das gleiche Recht hätte einräumen wollen, dies ebenso hätte ausdrücken können? Wählt der Verkäufer den ihm in Art. 320 vorgezeichneten Weg, so kann sich im Vergleich zum Kaufpreis ein Mindererlös ergeben. Darf er dessen Ersatz vom Käufer beanspruchen? Für die Bejahung dieser Frage läßt sich anführen, daß Art. 320 sonst keinen Zweck hätte. Der Verkäufer darf, wenn der Käufer im Verzug ist, von dem Vertrag abgehen, mithin über das Kaufobjekt frei verfügen. Warum anders hat nun Art. 320 diese freie Verfügung an die Beobachtung gewisser Formen gebunden, als um das Interesse des Käufers zu wahren? Ein solches Interesse ist aber nur dann denkbar, wenn der Käufer für den Mindererlös einstehen muß; daß dies der richtige Sinn des Art. 332 ist, geht auch aus den Worten „für Rechnung des Käufers" hervor; denn diese lassen keine andere Auslegung zu, als daß der Käufer für den Mindererlös aufkommen muß. Ist der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare in Verzug, so hat nach Art. 333 der Käufer die Wahl, ob er Erfüllung *nebst Schadenersatz* wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er von dem Vertrage abgehen, und nebstdem Schadenersatz verlangen will. Hier ist klar und unzweideutig dem Käufer das Recht auf Schadenersatz in beiden Fällen, mag er Erfüllung begehren oder vom Vertrag abgehen wollen, gewährt. Warum nicht auch dem Verkäufer? Es ist in der That ein eigenthümlicher Gegensatz, in welchen der Entwurf des deutschen Gesetzbuchs zu dem französischen tritt; dieses hat in Art. 1657 den Verkäufer vor dem Käufer begünstigt, jenes dagegen scheint den Käufer vor dem Verkäufer zu begünstigen.

Nach Art. 334 soll sowohl der Verkäufer wie der Käufer, wenn einer von ihnen auf den Grund der Art. 332 und 333 von dem Vertrage abgehen will, dies dem andern Contrahenten anzeigen, und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Diese Anzeige und Fristerstreckung ist aber nach Art. 335 nicht nothwendig, wenn die Lieferung zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen war; vielmehr kann der Käufer, wenn der Verkäufer im Verzug ist, die Erfüllung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder unter Rückforderung des von ihm etwa Geleisteten von dem Vertrage abgehen und Schadenersatz fordern. In gleicher Weise kann in diesem Fall der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug und die Waare noch nicht übergeben ist, entweder Erfüllung des Vertrags begehren, oder die Waare nach vorgängiger Androhung unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 320 für Rechnung des Käufers verkaufen oder von dem Vertrage abgehen. Von einem Schadenersatz, den der Verkäufer in Anspruch nehmen könnte, ist überall nicht die Rede; nur in dem Fall, wenn er den in Art. 320 vorgesehenen Weg wählt, muß der Käufer für den Mindererlös aufkommen.

Warum muß der Käufer nicht auch in dem Fall, wenn der Verkäufer die Erfüllung des Vertrags begehrt, den Schaden ersetzen, welcher dem Verkäufer aus der verspäteten Erfüllung erwachsen ist? Nehmen wir an, es handle sich um Schiffsladungen Getreide, Kartoffeln, Kohlen u. s. w., so kostet die Miethe des Schiffes, die Löhnung der Bemannung, täglich eine größere oder kleinere Summe: warum soll diese nicht ersetzt werden? Wenn es sich um größere Maschinen handelt, die nicht leicht anderwärts

verkauft werden können, oder um Gegenstände eines eigenthümlichen Geschmacks, welche keinen Markt haben, daher ganz werthlos sind, wenn sie der Käufer nicht bezieht und bezahlt, warum soll der Verkäufer nicht berechtigt sein, jedem durch Verspätung der Abnahme ihm entstehenden Schaden von dem säumigen Käufer in Anspruch zu nehmen? Das römische Recht gestattet dem Verkäufer, den Wein auszugießen, wenn der Käufer ihn nicht zur verabredeten Zeit in Empfang nimmt. Das mag allerdings eine übertriebene Strenge genannt werden können. Aber wenn man dem Verkäufer zumuthet, den Wein für den Käufer aufzubewahren, so ist es nicht mehr als billig, daß der Käufer auch für verpflichtet erklärt wird, den Verkäufer dafür zu entschädigen. Der Entwurf bevorzugt den Käufer noch in einer andern Beziehung: Wenn nemlich der Verkäufer zu der festgesetzten Zeit oder innerhalb der festbestimmten Frist nicht liefert, so darf der Käufer von dem Vertrag abgehen und Schadenersatz fordern. „Den Betrag des Schadens, sagt Art. 335, bildet, wenn die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise zu der Zeit und an dem Ort der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höhern Schaden geltend zu machen." Der Käufer kann sonach in dem erwähnten Fall ohne Weiteres die Differenz von dem Verkäufer, wo dieser im Verzug ist, fordern, ohne genöthigt zu sein, einen wirklich erlittenen Schaden nachzuweisen; der Verkäufer dagegen kann in dem gleichen Fall nur nach Art. 320 verfahren, d. h. er kann das Kaufobjekt anderwärts verkaufen, und den Mindererlös, mithin nur den wirklich erlittenen Schaden von dem säumigen Käufer fordern. Ist nun schon diese Ungleichheit in der Stellung der beiden Contrahenten nicht gerechtfertigt, so wird diese noch erhöht durch ein Versehen der Redaktion der betreffenden Artikel. Aus den Protokollen ergibt sich nämlich, daß die Conferenz den bekannten Grundsatz: dies interpellat pro homine angenommen hat. Wo die Partieen eine festbestimmte Zeit oder eine festbestimmte Frist für die Vertragserfüllung festgesetzt haben, bedarf es keiner Aufforderung zum Vollzug; vielmehr ist derjenige, welcher zur festgesetzten Zeit oder innerhalb der festgesetzten Frist nicht vollzieht, im Verzug. Daher sagt Art 335 sowohl bezüglich des Käufers wie des Verkäufers, daß es der in Art. 334 vorgeschriebenen Anzeige nicht bedarf. Nun aber enthält auch Art. 332 die Bestimmung, daß der Verkäufer, wenn er von der ihm in Art. 320 gegebenen Befugniß des Weiterverkaufs Gebrauch machen will, dem Käufer dieses vorher androhen müsse („unter vorgängiger Androhung" heißt es in Art. 332). Diese Worte sind jedenfalls überflüssig, weil schon Art. 320 die vorgängige Androhung dem Verkäufer, der den Weiterverkauf bewirken will, zur Pflicht macht. Eben deßhalb würde es nicht einmal genügen, die angeführten Worte aus Art. 332 ausfallen zu lassen, um den Verkäufer dieser Pflicht in dem Fall, welchen Art. 335 im Auge hat, zu überheben, weil dieser Artikel auf Art. 332, dieser aber auf Art. 320 zurückweist; vielmehr müßte der Verkäufer auch der in diesem letztern Artikel ihm vorgeschriebenen Androhung enthoben werden. Es darf hier überhaupt nicht verschwiegen werden, daß der vorliegende Entwurf in dieser so höchst wichtigen Materie in ein für die Anwendung sehr nachtheiliges Schwanken gerathen ist, woraus sich denn auch die durchaus mangelhafte Redaktion erklären läßt. Es galt zunächst, darüber schlüssig zu werden, unter welchen Voraussetzungen ein Contrahent in Verzug ist? Man hat hier mit Recht die beiden Fälle unterschieden, ob die Contrahenten eine Zeit (Frist) für die Erfüllung festgesetzt haben oder nicht. Im ersten Fall kann eine vertragsmäßige Erfüllung gar nicht mehr stattfinden, sobald die übereingekommene Zeit (Frist) umlaufen ist; denn es ist keine Möglichkeit vorhanden, die entschwundene Zeit wieder herbeizuholen. Da nun Niemand verbunden sein kann, eine andere als eine vertragsmäßige Erfüllung anzunehmen, so folgt schon daraus, daß derjenige, welcher nicht zur verabredeten Zeit erfüllt, überhaupt nicht mehr erfüllen kann, wofern nicht etwa der andere Contrahent eine spätere Erfüllung freiwillig annehmen will. Dieser kann demnach

1) entweder eine spätere Erfüllung freiwillig annehmen, wobei ihm billiger Weise eine Entschädigung wegen der verspäteten Erfüllung zuzusprechen ist, oder
2) weil eine vertragsmäßige Erfüllung überhaupt nicht mehr möglich ist, von der Erfüllung absehen und Entschädigung wegen Nichterfüllung begehren.

Der erste Satz kann keinem begründeten Anstand unterliegen, dagegen hat der zweite bei den Verhandlungen der Nürnberger Conferenz keine allgemeine Anerkennung gefunden, wiewohl man zugeben mußte, daß er schon in dem römischen Recht enthalten ist. Die Mehrheit hat übrigens, nicht ohne harten Kampf, denselben durchgesetzt.

Diesem Fall analog war dann der andere, in welchem die Partieen keine Zeit für die Erfüllung festgesetzt ha-

den, zu behandeln. Nur mußte hier eine in Verzugsetzung vorausgehen, wobei die Billigkeit dafür spricht, daß dem Aufgeforderten eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung frei gelassen werde, etwa in der Weise, wie Art. 334 des Entwurfs es vorschreibt. Es kann nun durchaus nicht schwer fallen, diese Grundsätze, welche von der Mehrheit der Conferenz adoptirt wurden, in klarer und allgemein verständlicher Weise zu redigiren. Mir scheint, man müßte mit dem Fall beginnen, wenn die Partieen eine Zeit oder Frist zur Erfüllung verabredet haben, weil in diesem Fall die Folgen sich präciser fassen lassen; dann kann man den andern Fall, wenn keine Zeit oder Frist festgesetzt ist, folgen lassen, indem man sich auf die vorausgehende Entscheidung bezieht, und nur die in Art. 334 bemerkte Beschränkung beifügt. In der Conferenz ist man sich jedoch über das Hauptmerkmal der Unterscheidung der beiden Fälle nicht klar geworden. Die Fassung des Art. 335 läßt vermuthen, und die Protokolle weisen auch nach, daß man es nicht für genügend hielt, wenn die Partieen eine Zeit oder eine Frist zur Erfüllung festgesetzt haben; vielmehr meinte man, die Partieen müßten die genaue Einhaltung der festgesetzten Zeit (oder Frist) noch besonders bedungen haben. Das dürfte aber eben so überflüssig sein, als wenn man vorschreiben wollte, die Partieen müßten noch besonders versprechen, einen abgeschlossenen Vertrag zu vollziehen.

Wenn ernste Männer über ernste Geschäfte abschließen, so versteht sich der Vollzug der abgeschlossenen Geschäfte von selbst. Alles was in dem Vertrag bedungen ist, bildet einen integrirenden Theil desselben, und man kann ihn, selbst in keiner Nebenbestimmung, anders vollziehen, als er lautet. Haben daher die Partieen eine Zeit zum Vollzug bestimmt, so muß es dabei sein Bewenden haben, mithin Art. 335 Anwendung finden, auch wenn nicht die genaue Einhaltung dieser Zeit noch besonders bedungen ist. Bezüglich des Käufers enthält nun Art. 335 vollständig die beiden oben erwähnten Sätze; bezüglich des Verkäufers ist dagegen Bezug genommen auf Art. 332, wo diesem, wenn er die Waare noch nicht übergeben hat, im Fall des Verzugs des Käufers die Wahl gelassen ist,

1) entweder die Erfüllung des Vertrags zu verlangen,
2) oder die Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen,
3) oder von dem Vertrage abzugehen.

Von dem Ersatz des etwaigen Schadens ist, wie schon oben gerügt worden, überhaupt nicht die Rede. Außerdem ist die Befugniß zum Weiterverkauf dem Verkäufer schon in Art. 320 gegeben, bedarf daher keiner besondern Erwähnung; endlich umfaßt die unter 3 gegebene Befugniß, vom Vertrag abzugehen, auch das Recht, über die Waare zu disponiren, weßhalb die Befugniß 2 ganz ausfallen könnte. Man wird aber vielleicht in den Worten „für Rechnung des Käufers" einen Grund zur Beibehaltung der zweiten Befugniß finden, weil aus diesen Worten hervorgeht, daß der Verkäufer den Ersatz des Mindererlöses vom Käufer beanspruchen kann. Dasselbe wäre jedoch erreicht, wenn bei 3 dem Verkäufer, ebenso wie oben dem Käufer, neben der Befugniß, von dem Vertrag abzugehen, auch das Recht, Schadenersatz zu fordern, zugetheilt wäre.

Dieses Recht stimmt auch besser mit dem thatsächlichen Verhältniß. Denn der Verkauf für Rechnung eines Andern läßt auf ein Mandat oder eine Geschäftsführung schließen, mithin auf ein Verhältniß, welches hier nicht stattfindet, wogegen der Verkäufer, welcher vom Vertrag abgeht, über die Waare frei disponiren, mithin auch dieselbe verkaufen kann. Dieser Verkauf kann den Nebenzweck haben, die Größe des Schadens zu ermitteln, für diesen Fall hat das Gesetz in Art. 320 das Interesse des Käufers gegen eine etwaige Arglist des Verkäufers hinreichend geschützt. Meine Meinung geht somit dahin, der Verkäufer solle, wie der Käufer, sowohl Vertragserfüllung fordern, wie auch von dem Vertrag abgehen, und in beiden Fällen Schadenersatz verlangen können.

Der Verkäufer sollte ferner auch darin dem Käufer gleichgestellt werden, daß, wiefern es sich um Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, handelt, der Betrag des Schadens durch die Differenz des Preises ermittelt wird. Dieser Punkt ist von größerer Bedeutung, als man vielleicht glaubt. Denn es werden bekanntlich an den Börsen täglich Millionen umgesetzt. Dieser Umsatz, bei welchem der Credit der Staaten sehr nahe betheiligt ist, geht um so sicherer, je klarer und bestimmter das Gesetz sich über den Fall der Nichterfüllung ausspricht. Wer nicht erfüllt, zahlt die Differenz, wenn nicht etwa der andere Contrahent die nachträgliche Erfüllung vorzieht. Dagegen wird sich freilich großes Geschrei erheben, als ob damit die s. g. Differenzgeschäfte sanktionirt würden; darauf kann ich nur erwiedern, daß wie ich in No. 6 des Jahrgangs 24 dieser Blätter weiter ausgeführt habe, die s. g. Differenzgeschäfte an den Börsen

gar nicht vorkommen. Uebrigens hat der preußische Entwurf das obige Prinzip schon in Art. 273 und 74 aufgestellt, die Nürnberger Conferenz hat es in erster und zweiter Lesung angenommen; meine Bemerkungen beziehen sich nur darauf, daß man den Verkäufer anders behandelt als den Käufer; diesem gestattet man in Art. 335 die Differenz zu fordern, jenem nicht. Das halte ich für nicht gerechtfertigt. Billigkeit und Recht erfordern eine Gleichstellung beider Contrahenten; nur der Unterschied kann etwa beibehalten werden, daß der Verkäufer, welcher bereits erfüllt hat, bei einem etwaigen Verzuge des Käufers in Zahlung des Kaufpreises, nicht von dem Vertrag abgehen, d. h. die bereits ausgefolgten Waaren nicht wieder zurückfordern, sondern nur Zahlung des Kaufpreises nebst Verzugszinsen verlangen, während im umgekehrten Fall der Käufer, welcher den Kaufpreis im Voraus bezahlt hat, im Fall des Verzugs des Verkäufers in der Lieferung vom Vertrage abgehen, d. h. den bezahlten Kaufpreis oder den Theil desselben, welchen er eingezahlt hat, zurückfordern kann, wie dieses in den Art. 332 und 335 des vorliegenden Entwurfs zweiter Lesung bestimmt ist.

Dr. Ladenburg.

II.

Herabwürdigung der Religion.

Was ist öffentlich im Sinne des Strafgesetzbuches?

§. 583 St. G. B.

Annalen XXIV. S. 6. 7.

1) Anton Biller von S., welcher in der katholischen Religion getauft und erzogen war, kam in die Schweiz, wo er einige Jahre sich aufhielt und mit den Grundsätzen der Sekte der Neutäufer oder Christgläubigen bekannt wurde. Er nahm diese Grundsätze an und sagte sich vom katholischen Glauben förmlich los. Als er in seine Heimath zurückkehrte, suchte er Proselyten zu machen, was ihm auch gelang. Die Kirchenbehörde bemühte sich, die Abtrünnigen wieder zu ihrem früheren Glauben zurückzuführen. Es wurde daher auf Anordnung des erzbischöflichen Ordinariats eine Sitzung des katholischen Stiftungsvorstandes angeordnet, um unter Zuzug von Geistlichen die Mitglieder der Sekte über das Irrige ihrer religiösen Ansichten zu belehren. In dieser Sitzung erschienen mehrere Anhänger der Sekte, als deren Vertreter und Redner Anton Biller das Wort führte. Nach längerem Hin- und Herreden fragte einer der Geistlichen den Anton Biller, „was die Katholiken anbeten?" worauf dieser antwortete: „den Satan, den Mammon, den Teufel betet ihr an." In dem Laufe der Unterredung that auch Biller die Aeußerung: „Ihr betet nicht den wahren Gott an, wer den wahren Gott nicht anbetet, der betet den Satan an." Anton Biller wurde wegen Herabwürdigung der Religion in Untersuchung gezogen. Das Hofgericht des Seekreises verfügte aber, daß, weil die Erfordernisse des §. 583 St.G.B. nicht vorhanden seien, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. Vom großh. Oberhofgericht wurde diese Verfügung am 30. Dezember 1854 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Der Staatsanwalt findet sich durch das hofgerichtliche Erkenntniß, wodurch ausgesprochen wurde, daß kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung des Angeschuldigten vorhanden sei, beschwert, weil er bezüglich der unbestritten vom Angeschuldigten gemachten Aeußerungen die Voraussetzungen des §. 583 des St.G.B. als vorhanden, und daher ein gerichtliches Straferkenntniß als geboten erachtet. Die angerufene — das Verbrechen der Herabwürdigung der Religion betreffende — Gesetzesstelle setzt zur gerichtlichen Strafbarkeit der dahin gehörigen Aeußerungen oder Handlungen voraus, daß 1) dieselben eine Lästerung oder den Ausdruck von Hohn oder Verachtung gegen Religionslehren oder Gegenstände der religiösen Verehrung einer im Staat aufgenommenen oder geduldeten Religionsgesellschaft, und damit eine Herabwürdigung derselben enthalten, — daß dieselben 2) in der Absicht zu beleidigen, und 3) öffentlich oder unter Umständen erfolgt sind, daß öffentliches Aergerniß daraus entsteht. Wenn es nun auch keinem Zweifel unterliegt, daß die dem Angeschuldigten zur Last fallenden — eine gänzliche Verkennung des Wesens und der Lehren der katholischen Kirche enthaltenden — Aeußerungen an sich unter die unter Ziffer 1 namhaft gemachte Bestimmung des Gesetzes unterstellt werden können, so ist es doch andererseits ebenso unstreitbar, daß die beiden anderen Voraussetzungen im gesetzlichen Sinne hier nicht vorhanden sind. Die fraglichen Aeußerungen fielen bei der Versammlung des Stiftungsvorstandes, der zu dem Zwecke versammelt war, um den Angeschuldigten über seine irrigen religiösen Ansichten zu belehren,

und zu welcher derselbe besonders vorgeladen war, und wenn es nun gerade jener Zweck mit sich brachte, daß der Angeschuldigte mit seinen Ansichten gehört und darnach gefragt wurde, so lag andererseits für denselben hierin eine Aufforderung und Nöthigung, seine Ansichten darzulegen und zu entwickeln; wenn er aber hiebei Aeußerungen fallen ließ, die an sich auch eine Verkennung und Mißachtung der von ihm nicht anerkannten Grundsätze enthalten, so kann hier keinenfalls die Absicht zu beleidigen, die Andersdenkenden zu verhöhnen, sondern lediglich nur die Absicht unterstellt werden, seine entgegenstehende Ueberzeugung darzulegen, und zu vertheidigen. Auch als öffentlich geschehen kann die Aeußerung im Sinne des Gesetzes nicht erachtet werden. Sie geschah nicht an einem Jedermann zugänglichen Orte, oder in einer zufällig gemischten Gesellschaft; sondern vor einer nach gesetzlichen Bestimmungen aus einer Mehrheit bestimmter Personen bestehenden Versammlung, welche der Angeschuldigte nicht aus freiem Antriebe zur Darlegung seiner Ansichten aufsuchte, sondern vor welche derselbe zum Zwecke dieser Entwicklung vorgefordert war, und wenn etwa die dabei gefallenen Aeußerungen außerhalb der Versammlung bekannt und so wirklich zur Oeffentlichkeit gebracht worden sein sollten, so mag dies seinen Grund in der Beihintensetzung der dem Stiftungsvorstande — als öffentlicher Behörde — obliegenden Amtsverschwiegenheit haben, dem Angeschuldigten liegt dies aber nicht zur Last, wenigstens ergibt sich eine solche Handlungsweise nicht aus den Untersuchungsacten, und bildet keinenfalls den Gegenstand der hier in Frage liegenden Anschuldigung. Es fehlt hiernach an den gesetzlichen Voraussetzungen einer gerichtlich strafbaren Handlung, und mit allem Grunde hat demnach das großh. Hofgericht die weitere gerichtliche Verfolgung versagt.

2) Nepomuk v. R. zu Sch. hatte am 13. März d. J. im Wirthshause zu D. in Gegenwart des Wirths und mehrerer Gäste sich Aeußerungen erlaubt, welche den Thatbestand des Verbrechens der Herabwürdigung der Religion begründeten. Die fraglichen Aeußerungen wurden nur von zwei Zeugen gehört, während die Mehrzahl der anwesenden Personen die Reden des Angeschuldigten nicht beachtete.

Das Hofgericht des Seekreises nahm an, daß die Oeffentlichkeit, welche zum Thatbestand des Verbrechens der Herabwürdigung der Religion erfordert wird, hier vorhanden, dieselbe aber eine beschränkte sei, und fand hierin einen Strafminderungsgrund.

Vom großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche, den Angeschuldigten verurtheilende Erkenntniß durch Urtheil vom 16. Oktober d. J. bestätigt. In den Entscheidungsgründen ist gesagt:

Die Ausführung des Rekurrenten, wornach die ihm zur Last gelegten Aeußerungen den Thatbestand des im §. 583 Str.G.B. bedrohten Verbrechens nicht enthalten sollen, findet ihre Widerlegung darin, daß die Aeußerungen in einem Wirthszimmer zwei Personen gegenüber und in Anwesenheit des Wirths sowie einiger anderer Gäste, demnach allerdings öffentlich gethan wurde. Haager.

III.

Beschwerdesumme.

1) Die Beschwerdesumme kann nicht durch Uebereinkunft der Parteien festgestellt werden.

2) Nicht der Werth des Pachtgutes, sondern nur das Interesse, welches die Theile bei der Fortdauer oder Auflösung des Pachtvertrages haben mögen, bildet den Streitwerth, welcher als Beschwerdesumme gilt.

Stubersheim gegen Benkler.

Durch amtsgerichtliches Urtheil vom 6. Juli 1858 war der zwischen beiden Theilen abgeschlossene Pachtvertrag vom 30. April 1853 für aufgelöst, und der Beklagte für schuldig erklärt worden, das Pachtgut alsbald zu räumen.

Dabei verblieb es jedoch nicht, da in zweiter Instanz ein abänderndes Urtheil erging, wodurch die Klage abgewiesen wurde.

Für die hiergegen vom klagenden Theil eingewandte Oberberufung war sonach in Gemäßheit des §. 1192 der P.O. eine Beschwerdesumme von 500 fl. erforderlich. In der Beschwerdeschrift ist nun, ohne alle Begründung, einfach bemerkt, daß der Streitgegenstand diese Summe übersteige. Zur näheren Nachweisung vorgeladen, suchte der Anwalt der gemachten Auflage auf mehrfache Weise zu genügen, indem er anführte, daß der Streitgegenstand von den Parteien selbst (der Sportulirung wegen) zu 2000 fl. gewerthet, und daß das Pachtgut, um dessen Besitz bis zum Jahr 1862 es sich handelt, kürzlich für

2100 fl. verkauft worden sei. Eventuell wurde eine Abschätzung des Streitgegenstandes durch Sachverständige in Antrag gebracht. Ohne aber auf letztere einzugehen, verwarf der höchste Gerichtshof durch Erkenntniß vom 23. November l. J. die eingeführte Oberberufung als unzulässig.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß in der am 25. März v. J. erhobenen Klage die Klägerin das Begehren gestellt hat, den Pachtvertrag, welchen sie im April 1853 mit dem Beklagten auf 9 Jahre abgeschlossen hatte, und wonach dieser einen Pachtzins von jährlich 36 fl. zu bezahlen verbunden war, für aufgelöst und Beklagten für schuldig zu erklären, sofort das Pachtgut zu räumen; —

in Erwägung, daß die Klägerin, welche mit dieser Klage in erster Instanz obgesiegt hatte, in zweiter Instanz damit abgewiesen worden ist, daher, wenn sie hiegegen die Oberappellation ergreifen will, den Nachweis liefern muß, daß der Gegenstand dieser Klage, welcher zugleich auch den Gegenstand der Oberappellationsbeschwerde bildet, einen Werth von 500 fl. habe. P.O. §. 1192; —

in Erwägung, daß bei dieser Nachweisung die Erklärungen der Parteien nicht als maßgebend erachtet werden können, da die Frage über die Zulässigkeit eines weitern Rechtszuges dem öffentlichen Rechte angehört, worüber die Parteien nicht verfügen können;

in Erwägung, daß vielmehr hier nur der wirkliche Werth des Streitgegenstandes, also nicht der Werth des Pachtgutes selbst, sondern lediglich derjenige entscheiden kann, welchen der Genuß des fraglichen Pachtgutes für die Klägerin haben wird, wenn solcher sofort ihrer Verfügungsgewalt wieder unterworfen wird, und derselben nicht noch 5 Jahre gegen einen jährlichen Pachtzins von 36 fl. entzogen bleibt;

in Erwägung, daß kein Nachweis vorliegt, daß dieser Werth die angegebene Oberappellationssumme erreicht, daß vielmehr bereits ein vom Unterrichter von Amtswegen erhobenes Gutachten eines Sachverständigen vorhanden ist, worin der Werth des Streitgegenstandes nur zu 200 fl., ja sogar in Bezug auf die Klägerin nur zu 120 fl. bestimmt wurde;

in Erwägung, daß zu einer nochmaligen Erhebung eines Gutachtens über den Streitwerth, welchen die Oberappellatin heute beantragte, überall kein zureichender Grund vorliegt, da das Gutachten weder dunkel, noch sich widersprechend, noch sonst nach §. 499 der P.O. als mangelhaft zu betrachten ist, dasselbe auch sich auf den richtigen Gegenstand bezieht, sonach auch §. 495 keine Anwendung findet; —

in Erwägung, daß der Kaufpreis, den die Klägerin bei dem im Dezember 1856 erfolgten Verkauf des Pachtguts bedungen zu haben behauptet, schon deßhalb nicht entscheiden kann, weil bei Bestimmung des Streitwerths dasjenige niemals maßgebend ist, was etwa mit der zuerkannten Sache weiter zu erreichen wäre, überdieß gar nicht hergestellt ist, daß die Rechtsbeständigkeit des abgeschlossenen Verkaufs von der Auflösung des Pachtvertrags abhängig gemacht wurde.

Aus diesen Gründen 2c. 2c. D. R.

IV.

Rechtspolizeisache.

Gegen die Versagung der gerichtlichen Ermächtigung im Sinne des L.R.S. 219 findet weder Oberbeschwerde noch Oberberufung statt.

Nachdem die ehemännliche Ermächtigung zum Verkauf eines ehweiblichen Guts im angeblichen Werthe von mindestens 20,000 fl. verweigert worden war, wandte sich die Frau an das zuständige Amtsgericht mit dem Gesuch um gerichtliche Ermächtigung, welches aber verworfen wurde.

Gleiches Schicksal hatte die gegen dieses Erkenntniß eingewandte Beschwerdeführung und fürsorgliche Berufung, indem das großh. Hofgericht beide Rechtsmittel verwarf.

Dagegen ergriff die Frau zunächst wieder die Beschwerdeführung und eventuell die Oberappellation an den höchsten Gerichtshof. Es wurde aber erstere durch Beschluß vom 14. September nach Ansicht des §. 1205 der P.O. als unzulässig verworfen. Ebenso erging es nach einem späteren Erkenntniß vom 23. November l. J. dem andern Rechtsmittel.

Entscheidungsgründe.

Die Oberberufung ist gegen das Erkenntniß des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 12. Juni d. J. gerichtet, welches die Berufung gegen die Verfügung des Amtsgerichts Sinsheim vom 21. April — wodurch das Gesuch der Oberappellantin um gerichtliche Ermächtigung zum Verkauf eines Gutes verworfen wurde — für unstatthaft erkannte.

Die Oberberufung erscheint jedoch als unzulässig. Dieselbe sollte nämlich auch nach dem Antrage der Oberappellantin nach den Bestimmungen der Pr. O. beurtheilt werden, allein diese findet, wie ihr erster Paragraph schon besagt, nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten statt, während hier keine solche, sondern ein Gegenstand der Rechtspolizei vorliegt.

Es handelt sich hier nicht um einen Streit über Mein und Dein, nicht um die Frage des Eigenthums, worüber der Richter ein der Rechtskraft empfängliches Urtheil zu geben hatte, sondern um eine Rechtshandlung, welche die Ehefrau vermöge ihrer Stellung unter die Autorität des Ehemannes nicht ohne dessen Zustimmung, oder in deren Ermanglung nicht ohne die dieselbe ersetzende gerichtliche Ermächtigung vorzunehmen befugt ist, deren Ertheilung oder Versagung aber nicht unbedingt auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts, sondern vorzugsweise auf das richterliche Ermessen der Zweckmäßigkeit je nach den Umständen des einzelnen Falles zu gründen ist. D. R.

V.

Rechtsfall.

Beschränkung der Strafverfolgung wegen Betrugs.

Es genügt die Anzeige des verübten Verbrechens durch den Beschädigten, damit der Untersuchungsrichter gegen alle etwa dabei betheiligten Personen die Untersuchung einleite: es ist nicht erforderlich, daß der Anzeiger die Personen alle benenne, gegen welche er die Untersuchung gerichtet wissen will.

(St.G.B. §. 452. 456.)

Karl Müller betrieb in Auerbach eine kleine Bijouteriefabrik, zum großen Theile mit dem Geld des Karl Stamm, der sein Gesellschafter war. Die Fabrik ging schlecht. Eines Morgens brach ein wahrscheinlich gelegter Brand in der Wohnung des Müller aus. Dieser war so vorsichtig gewesen, einige Zeit vorher die Fabrikgeräthschaften und Vorräthe in dem weitaus übersetzten Betrage von 4000 fl. bei der Magdeburger Feuerversicherungsgesellschaft zu versichern. Der ausgebrochene Brand wurde nun von Stamm und Müller benützt, den nicht großen Vorrath der Goldwaaren zu beseitigen. Müller reichte eine falsche Liquidation ein, als habe er die Summe von 2328 fl. 45 kr. durch den Brand verloren. Der Agent machte die Anzeige des versuchten Betrugs „gegen Karl Müller", worauf auch das Amtsgericht gegen diesen, nicht aber gegen Stamm die Untersuchung wegen Betrugs führte, obschon gegen Letzteren die dringendsten Inzichten, daß er bei diesem Verbrechen sich betheiligt hatte, vorlagen. Das mittelrheinische Hofgericht wies jedoch, als die geschlossene Untersuchung einkam, den Untersuchungsrichter an, die Untersuchung zu führen. Nach dem Schlusse derselben wurden Müller und Stamm des in verbrecherischer Verbindung versuchten Betrugs für schuldig erklärt. Die Entscheidungsgründe sagen über die Frage, ob in diesem Falle die Strafverfolgung überhaupt von einer Anzeige abhing, und ob diese speciell auch gegen Müller gerichtet werden mußte, Folgendes:

„Auch er (Stamm) ist daher des in Frage stehenden Betrugsversuchs schuldig. Um auch ihn in Untersuchung und zur Strafe zu ziehen genügt (abgesehen von dem weiter unten zu Sagenden) die schon oben erwähnte Anzeige des Hauptagenten der Feuerversicherungsgesellschaft, an welcher der Betrug verübt werden sollte, indem nur die Anzeige von dem **Verbrechen** behufs dessen Untersuchung, nicht aber die Benennung aller dabei etwa betheiligten **Personen** erforderlich war, die vielleicht erst **durch** die Untersuchung ermittelt werden konnten, und sogleich anfänglich gar nicht alle bekannt waren. In diesem Sinne ist besagte Anzeige zu verstehen und wohl auch beabsichtigt gewesen; keinesfalls ist zu unterstellen, daß die Anzeige auf die einzelne dabei genannte Person beschränkt werden wollte.

Aber es wäre eine Anzeige im vorliegenden Falle nicht einmal erforderlich gewesen, weil es sich nicht um einen Betrug bei einem Vertrage im Sinne des §. 452 Str.G.B. handelt. Das Verbrechen wurde mit Benützung eines Vertrags, von welchem nicht behauptet wird, daß er schon anfänglich in betrügerischer Absicht abgeschlossen worden sei, die Feuerversicherungsgesellschaft dadurch zu übervortheilen, verübt (versucht). Die Uebervortheilung wurde erst später mittelst neuer betrügerischer Veranstaltungen und Vorspiegelungen auf Grund eines rechtmäßig bestehenden Vertrags zu erreichen gesucht. Es liegt somit ein gewöhnlicher, von Amtswegen zu untersuchender (versuchter) Betrug vor." D.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

1858. Jahrgang XXV. No. 52.

I.

Ist die Anzeige des Verletzten, daß er auf den Vollzug der zufolge seiner Anklage erkannten Strafe verzichte, auch dann noch zu beachten und wirksam, wenn dieselbe erst nach Ablauf von vier Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, einkommt? §. 343 St.Pr.O.

(Annalen XXV, 395.)

Nach §. 343 Str.P.O. wird die Vollstreckung verurtheilender Erkenntnisse in Fällen, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintrat, nur insofern angeordnet, als der Letztere innerhalb vier Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, nicht auf den Vollzug verzichtet.

Aus dieser Bestimmung hat man per arg. a contrario ableiten wollen, daß ein Verzicht des Verletzten auf den Strafvollzug nur innerhalb vier Wochen nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils stattfinde, später aber nicht mehr zulässig sei.

Diese Auslegung folgt aber nicht aus der Wortfassung des Paragraphen, welche mehr nicht besagt, als: Der Richter darf das auf Antrag des Verletzten ergangene Strafurtheil nicht sofort nach Eintritt der Rechtskraft vollziehen, sondern soll den Vollzug erst nach 4 weiteren Wochen einleiten, wenn innerhalb derselben keine Verzichtsanzeige des Verletzten eingekommen ist. Davon aber, wie es gehalten werden soll, wenn diese Verzichtsanzeige später, entweder noch vor dem Strafvollzug, oder erst nach dessen Beginn einkommt, steht in §. 343 nichts. Das Gesetz wollte dem Ankläger Raum geben, seinen versöhnlichen Gefühlen in der Verzichtsanzeige Ausdruck zu verleihen, mußte aber doch auch diesen Raum den Verhältnissen entsprechend begrenzen. Ist dieser Zeitraum abgelaufen, ohne daß eine Verzichtsanzeige erfolgte, so weiß der Richter, dem der Vollzug des Strafurtheils obliegt, zwar immer noch nicht, ob der Ankläger der Stimme der Versöhnlichkeit noch Raum geben werde, allein das Gesetz ermächtigt den Richter jetzt zu der Unterstellung, daß der Ankläger auf den Strafvollzug nicht verzichten wolle. Diese gesetzliche Vermuthung ist aber weder nach ihrer Natur, noch nach den Worten des Gesetzes eine unumstößliche; sie muß also gegen die ausdrückliche spätere Verzichtserklärung des Anklägers zurückstehen.

Der §. 383 Str.P.O. soll nur dem zum Vollzug berufenen Richter die Zeit, wann dieser Vollzug beginnen darf, bezeichnen, nicht aber auch dem Ankläger eine peremtorische Frist für seine Verzichtsanzeige setzen. Dabei geht das Gesetz offenbar von der gewiß richtigen Ansicht aus, der Vollzug eines Strafurtheils dürfe, wenn er wirksam sein soll, nicht allzulang verschoben werden, sondern müsse dem Urtheil möglichst rasch nachfolgen; dieser Grundsatz läßt sich aber auf die Verzichtsanzeige nicht anwenden, sie findet statt, so lange der Vollzug noch nicht zu Ende ist, kann aber, wenn sie erst nach dessen Beginn erklärt wird, natürlich nur auf den noch nicht vollzogenen Rest der Strafe Anwendung finden.

Daß das Gesetz nicht weiter gehen wollte, erhellt auch aus dem Verlauf seines Zustandekommens. Der Entwurf des §. 312 der Str.P.O., soweit dessen Inhalt hieher gehört, bestimmte:

Der Vollzug verurtheilender Erkenntnisse wird in Fällen, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintrat, nur auf dessen Antrag angeordnet.

Die Motive hiezu lauten:

„Bei Vergehen, welche nur auf Anklage des Verletzten verfolgt werden, entspricht es der Natur der Sache,

daß auch zum Urtheilsvollzug ein Antrag des Verletzten abgewartet wird. Die Bestimmung, wie lang nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils der Beschädigte diesen Antrag noch stellen könne, gehört in das Strafgesetz.“ (Verjährung.)

Die Kommission der II. Kammer beantragte statt der vorgeschlagenen Fassung: „wird nur auf dessen Antrag angeordnet“, zu setzen: „wird nur in sofern angeordnet, als der Verletzte innerhalb vier Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, darauf anträgt.“

Zur Begründung dieses Antrags ist in dem Kommissionsbericht bemerkt:

„In Fällen, wo das Strafverfahren auf Anklage des Verletzten eintrat, findet die Vollstreckung des Urtheils nur auf dessen Antrag statt. Damit nun nicht eine Privatperson die andere während der ganzen Verjährungszeit in der peinlichen Ungewißheit halten könne, ob das Urtheil an ihr vollstreckt werde oder nicht, schlage die Kommission den Zusatz vor, welcher eine Beschränkung auf vier Wochen festsetze.“

In der Kommission der I. Kammer ergaben sich bei der Frage, wann die Vollstreckung eintreten soll, wo auf Anklage procedirt wurde, verschiedene Ansichten. Die Minorität glaubte, daß in Consequenz des von der großh. Regierung vorgeschlagenen und von der Kammer angenommenen §. 287 des Str.G.B., die Vollstreckung nicht von einem positiven, sondern nur von einem negativen Acte des Beschädigten, nämlich davon abhängig gemacht werden sollte, daß er nicht bis zu einem bestimmten Termin, etwa bis zur Rechtskraft des Urtheils, die Anklage zurückgenommen hat; ihn nach Durchführung des Prozesses noch einmal zum gerichtlichen Auftreten zu nöthigen, sei nicht gerechtfertigt, und könne für den, der dieser anomalen Gesetzesbestimmung nicht kundig, oder sonst während der gesetzten Frist verhindert sei, die Folge haben, daß er die mühsam erstrittene Satisfaction ohne seine Schuld wiederum verliere.

Die Majorität dagegen stimmte für den Antrag der II. Kammer, da wie die Einleitung und Fortsetzung der Untersuchung, so auch der Strafvollzug zu behandeln sei. — Bei der Discussion in der 58. öffentlichen Sitzung der I. Kammer am 11. November 1844, bemerkte Frhr. v. Marschall, der Paragraph scheine ihm mit §. 287 des Str.G.B. nicht im Einklang zu stehen, wonach, wenn das Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen sei, die Anklage nicht mehr zurückgenommen werden könne; hieraus dürfte folgen, daß der Beschädigte in diesem Falle auch nicht mehr auf den Strafvollzug verzichten könne. Ueberhaupt sollte es nicht von einem positiven Antrag des Beschädigten abhängig gemacht werden, ob die rechtskräftig erkannte Strafe zum Vollzug komme.

Hofgerichtspräsident Obkircher: er finde keinen Widerspruch, denn es sei ein Unterschied zwischen der Zurücknahme einer Anklage und zwischen dem Verzicht auf den Strafvollzug; dem Ankläger könne es genügen, daß das Urtheil gegeben worden sei, aber dessen Vollzug vielleicht nicht in seinem Interesse liegen.

Reg.-Komm. Staatsrath Jolly: es gebe viele Gründe, die dafür sprechen, den Strafvollzug in die Wahl des Beschädigten zu stellen, welcher als Ankläger aufgetreten sei. Ein Grund liege schon darin, daß ein Strafurtheil an und für sich Genugthuung gewähre. — Die Erfahrung zeige, daß die Leute sich sehr häufig nach gefälltem Erkenntniß versöhnen. Wenn man nun den Vollzug der Strafe nicht von dem Willen des Anklägers abhängig mache, so bleibe den Parteien nichts Anderes übrig, als den Gnadenweg zu betreten. Die Festsetzung einer Frist halte er für nothwendig, weil sonst der Verurtheilte Monate lang in der Ungewißheit gelassen werden könnte, ob er die Gefängnißstrafe zu erstehen habe und hierin eine Härte liege, die nirgends gerechtfertigt sei.

Geh. Rath Vogel: wenn ein Verletzter von seinem Rechte, eine Anklage zu erheben, Gebrauch gemacht habe, so solle man es nicht weiter von ihm abhängig sein lassen, ob ein vom Richter gegebenes Urtheil in Vollzug gesetzt werden solle. Gerade dadurch setze man ihn dann mit dem Angeklagten wieder aufs Neue in Collision, wenn er auf den Strafvollzug antrage. Man sollte das bei stehen bleiben, daß, wenn einmal das gerichtliche Verfahren durch die Anklage in Gang gesetzt worden, und das Urtheil ergangen sei, es eines Anrufens nicht mehr bedürfe, um das Urtheil in Vollzug zu setzen. Dazu habe man gute Gründe, einem Beleidigten oder Verläumdeten zu überlassen, ob er eine Anklage erheben wolle, habe er sie aber erhoben, dann gehöre alles Weitere dem öffentlichen Rechte an.

General Major v. Lasollaye: ihm scheine es eine ganz enorme Befugniß zu sein, welche man dem Beschädigten dadurch einräume, daß der Vollzug des Urtheils von seinem Willen abhängig gemacht werde; es komme

gewissermaßen mit dem Regenten, dem dieses Recht allein zustehe, in Collision. Zudem werde eine Art von Nachsucht entstehen, wenn der Beschädigte das Erkenntniß vollziehen lasse.

Geh. Rath v. Reck: er sei mit dem Grundsatz einverstanden, daß, wenn beide Theile sich nach gefälltem Strafurtheil versöhnt haben, der Vollzug desselben unterbleiben könne. Allein dieses werde im Paragraphen nicht gesagt; er gehe weiter und bestimme, daß auch in dem Falle, wenn der Ankläger aus Unkenntniß oder, weil er nicht daran gedacht habe, die Frist verstreichen lasse, eine Vollstreckung des Erkenntnisses nicht mehr stattfinde.

Frhr. v. Marschall: die erhobenen Bedenken könnten vielleicht durch eine Fassung beseitigt werden, wonach der Strafvollzug eintreten würde, insofern der Beschädigte nicht innerhalb einer bestimmten Frist — etwa von vier Wochen — auf den Vollzug ausdrücklich verzichte; wenn der Beschädigte Nichts thue, so könne man nämlich annehmen, daß er den Vollzug des Urtheils wolle.

Reg. Komm. Staatsrath Jolly: der Ankläger sollte doch auch nach dieser Frist auf den Strafvollzug verzichten dürfen, indem andernfalls, wenn die Versöhnung eingetreten, die Frist aber verstrichen sei, wiederum auf den Gnadenweg eingeschlagen werden könne.

Frhr. v. Göler: es sei nicht zu verkennen, daß darin etwas Hartes für den Beschädigten liege, daß er auch auf den Vollzug des Urtheils antragen soll. Nach dem Vorschlag des Frhrn v. Marschall werde alsdann, wenn diese vier Wochen verflossen seien, ohne daß der Ankläger auf den Strafvollzug verzichte, dieser seinen Anfang nehmen.

Bei der Abstimmung wurde der §. 312 nach dem Antrag des Frhrn. v. Marschall in der Fassung angenommen, daß nach den Worten: nur insofern, als der Letztere innerhalb vier Wochen, von der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, statt der Schlußworte: „darauf anträgt" gesetzt wurde: „nicht auf den Vollzug verzichtet."

Die Commission der II. Kammer (14. Beil. H. II. K. 1843/44), trug aus dem Grunde auf Genehmigung dieser Aenderung an, weil sie der Fassung entspreche, welche die I. Kammer dem §. 287 St.G.B. gegeben und die II. Kammer gutgeheißen habe.

Mit der erfolgten Genehmigung liegt jetzt die Thatsache vor, daß der §. 343 St.Pr.O. in der Fassung der I. Kammer angenommen wurde.

Hiernach war die Absicht der Regierung bei Abfassung des §. 312, jetzt §. 343 der St.Pr.O., daß ein Strafvollzug bei Injurienprozessen überhaupt nur dann stattfinden solle, wenn der obsiegende Ankläger selbst den Vollzug begehre. Seinem Ermessen sollte anheim gegeben werden, ob er nicht schon in dem richterlichen Ausspruch, daß sein Gegner eines Vergehens gegen ihn sich schuldig gemacht habe, die gewünschte Genugthuung finde.

Die II. Kammer, hiermit einverstanden, glaubte nur, dem Angeklagten könne man nicht zumuthen, daß während der ganzen Verjährungszeit das Schwerdt des Damokles über ihm hänge und hielt deßhalb im Interesse des Angeklagten für nöthig, eine Frist festzusetzen, vor deren Ablauf der Antrag auf Strafvollzug gestellt werden müsse.

Die Minorität der Commission der I. Kammer dagegen fand hierin eine Härte für den Ankläger und brachte die Aenderung in Vorschlag, welche der jetzigen Fassung des Gesetzes zu Grunde liegt. Auch sie theilte übrigens die Ansicht, der Urtheilsvollzug solle von dem Willen des Beleidigten abhängen; das Wesen der Abänderung sollte nur darin bestehen, daß man dem Ankläger erleichtern wollte, zu seiner Genugthuung zu gelangen, indem der Urtheilsvollzug nicht durch actives Auftreten des Anklägers bedingt, vielmehr sein muthmaaßlicher Wille schon aus dessen negativem Verhalten während einer gewissen Zeit erkannt, nach deren Umlauf deßhalb der Richter ermächtigt sein sollte, mit dem Strafvollzug zu beginnen.

Der Ankläger ist sonach anerkanntermaaßen auch nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils noch befugt, auf den Strafvollzug zu verzichten; für diesen Verzicht ist aber eine Frist nicht gesetzt; er kann also ausgesprochen werden, so lange es noch physisch möglich ist, vom Vollzug der Strafe, wenn auch nur theilweise, noch abzugehen; wenn aber dieser Verzicht nicht innerhalb vier Wochen nach eingetretener Rechtskraft ausgesprochen wird, so ist der Richter befugt, mit dem Strafvollzug vorzugehen.

Der in dem spätern Commissionsberichte der II. Kammer aufgestellte Satz, man müsse den betreffenden §. der-

St.Pr.O. deßhalb nach der Fassung der I. Kammer anzunehmen, weil man den §. 287 (jetzt 322.) des Strafgesetzes nach den Beschlüssen der I. Kammer angenommen habe, ist nicht richtig.

Der §. 322 St.G.B. verfügt nämlich, die **Zurücknahme der Anklage** sei nur so lange gestattet, als nicht das verurtheilende Erkenntniß in Rechtskraft übergegangen sei. Allein zwischen der Zurücknahme einer Anklage und dem Verzicht auf Vollzug der auf eine solche ausgesprochenen Strafe besteht ein wesentlicher Unterschied. Ersterer ist **nur vor**, letzterer **erst nach** dem Urtheil möglich und denkbar. Durch Zurücknahme der Anklage wird gewissermaßen das ganze Verfahren verwischt; bei dem Verzicht auf den Strafvollzug bleibt dagegen der richterliche Ausspruch feststehen, daß der Angeklagte sich eines Vergehens schuldig gemacht habe, und behält die Verurtheilung, z. B. bezüglich späterer Vergehen, bezügs sich der Pflicht, die Kosten zu tragen, gegen den Verurtheilten die volle Wirkung, mit alleiniger Ausnahme, daß er die erkannte Strafe nicht zu erstehen hat. Der Angeklagte bleibt eines Vergehens rechtskräftig für schuldig erklärt, nur beruhigt sich der Ankläger bei dem richterlichen Ausspruch, daß sein Gegner ihm ein strafwürdiges Unrecht zugefügt habe, was einem leidenschaftslosen Manne unter Umständen hinreichende Genugthuung gewähren kann, ohne daß sein Gegner auch noch dazu der Freiheit auf einige Zeit beraubt wird.

Demungeachtet haben auch einige Redner der I. Kammer die Zurücknahme der Anklage und den Verzicht auf den Strafvollzug, trotz ihrer wesentlichen Verschiedenheit vermengt. Wenn die fälschlich unterstellte Gleichheit bestände, so könnte folgerichtig von einem Verzicht auf den Strafvollzug nach eingetretener Rechtskraft überhaupt nicht, also auch insbesondere von einem Verzichte auf den Strafvollzug innerhalb vier Wochen nach eingetretener Rechtskraft nicht mehr die Rede sein. Bergl. Annal. 1847, No. 31. II. S. 116.

Von diesen Gründen im Wesentlichen bestimmt, gab der II. Cr.-Senat des großh. Oberhofgerichts der Beschwerdeführung des Anton Jüngling von Kuppenheim durch Erkenntniß vom 27. October 1858 statt, zu dessen Gunsten der Ankläger den Verzicht auf den Strafvollzug etwa fünf Wochen später bei dem Amtsgerichte ausgesprochen, als der Angeklagte, Jüngling, auf den Recurs gegen das ihm verkündete Strafurtheil verzichtet hatte, und gegen welchen nun das großh. Hofgericht wegen angeblicher Verspätung des Verzichts — den Strafvollzug anordnete.

Sf.

II.

Zum §. 568 der Pr.O.

Der Beklagte sollte von 864 fl. die er bei der Waisenkasse Bonndorf erhoben, 731 fl. nebst mehrjährigen Zinsen an den Kläger herauszahlen, wozu sich jener nicht verstehen wollte, weil er keineswegs als Gewalthaber, sondern als Rechtsnehmer des Klägers den genannten Ausstand eingezogen habe.

Zum Beweise seines Einwandes berief sich der Beklagte auf ein vor dem Bürgermeister zu Kränlingen errichtetes Protokoll vom 22. August 1842, nach welchem der Kläger das ihm von seinem Bruder Alois erblich angefallene Betreffniß dem Beklagten gegen schon früher empfangene Vorschüsse abgetreten hat u. s. w. *)

Um diese als ächt anerkannte Urkunde zu entkräften, erklärte der Kläger deren Inhalt für simulirt und verwies zum Beweise auf eine bei den Acten über die Verlassenschaft des Bruders Alois befindliche Vollmacht vom 30. August 1842, wornach er den Beklagten beauftragte, ihn bei der vor der Theilungsbehörde zu pflegenden Verhandlung zu vertreten.

Der Beklagte widersprach jedoch die Simulation, darauf beharrend, daß die Urkunde vom 22. August 1842 nach L.R.S. 1322 den Rechtsübertrag vollständig für ihn beweise. Der Unterrichter wies deßhalb die Klage ab.

In zweiter Instanz wurde der Kläger zum Erfüllungs- und in dritter der Beklagte zum Reinigungseid gelassen.

Entscheidungsgründe

zu dem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 2. Dezember 1858.

Der Beklagte hat zum Beweise, daß ihm die eingeklagte Forderung vom Kläger zu Eigenthum abgetreten worden, eine hierauf lautende Urkunde vom 22. August 1842 vorgelegt, welcher der Kläger entgegenhält, daß

*) Es verdient bemerkt zu werden, daß der Streit zwischen zwei Brüdern geführt wurde.

solche nur zum Scheine, nämlich zu dem Zwecke errichtet worden sei, um ihm die darin erwähnte Erbschaft zu sichern, und dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen.

In der That wird auch die Wahrheit und Ernstlichkeit des Inhalts dieser Urkunde, womit sich der Beklagte zur Theilungsverhandlung legitimiren sollte, durch eine von letzterem zu den betreffenden Theilungsacten gebrachte und vom Kläger behufs des Gegenbeweises angerufene Vollmacht vom 30. August 1842 sehr in Frage gestellt, indem hiernach der Beklagte von Jenem bevollmächtigt wurde, in der auf den andern Tag anberaumten Erbschaftssache des vermißten Alois Baschnagel für ihn zu verhandeln; denn wäre dem Beklagten der Anspruch des Klägers an die genannte Verlassenschaft schon früher abgetreten gewesen, so würde er, statt als dessen Bevollmächtigter, in eigenem Namen erschienen und es würde auch nicht die Vollmacht vom 30. August, sondern die ältere Urkunde vom 22. August 1842, mit welcher die Vollmacht unverträglich scheint, bei der Verhandlung vom 31. August zu den Acten gegeben worden sein.

Bei dieser Sachlage und bei dem in der Erklärung des Beklagten vor der Theilungsbehörde liegenden Anfang eines schriftlichen Beweises war es geboten, auf einen Notheid zu erkennen, welcher jedoch nicht, wie durch das hofgerichtliche Urtheil geschehen, dem Kläger, der durch das Scheingeschäft vom 22. August 1842 seine Gläubiger um ihre Befriedigung zu bringen und sohin eine unrechte That zu begehen im Begriffe stand, sondern nach Maaßgabe des §. 388 der Pr.O. dem Beklagten auferlegt werden mußte, weil bewandten Umständen nach, von ihm die Wahrheit sicherer zu erwarten ist.

Bemerkung des Einsenders.

Die Glaubwürdigkeit beider Theile steht in so fern, als der Beklagte zu dem durch die Urkunde vom 22. August 1842 gegen die Gläubiger des Klägers eingeleiteten Betruge mitgewirkt hat, ungefähr auf gleicher Stufe. Hält man aber auf die Unterstellung, daß die gedachte Urkunde nur zum Schein errichtet worden, weiter fort, so gelangt man dahin, dem Kläger mehr Glauben beizumessen, weil er durch die auf den Grund dieser Urkunde vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Cession böslicherweise um seine Forderung gebracht werden würde. Es hätte demnach der Beklagte nicht blos zu dem auf Seiten des Klägers gegen seine Gläubiger intentirten Betruge hilfreiche Hand geboten, sondern auch noch gegen den Kläger selbst durch Mißbrauch der fraglichen Urkunde einen unrechtmäßigen Vortheil zu erlangen versucht, weßhalb dem Letzteren, welcher de damno vitando streitet, der Eidesvorzug gebührt haben dürfte.

III.

1) Unterschied zwischen Fundunterschlagung und Diebstahl.
2) Begriff der nach §. 405 des Str.G.B. erforderlichen Anzeige.

Annalen XXV. 408.

Das großh. Artillerieregiment hält alljährlich Schießübungen auf einer Haide bei Forchheim. Obwohl ein Kugelfang angebracht ist, geht jeweils eine Anzahl Kugeln verloren, welche das Ziel verfehlen. Es wird deßhalb eine öffentliche Bekanntmachung erlassen, wonach die auf anstoßenden Feldern gefunden werdenden Kugeln gegen eine bestimmte Belohnung an das Bürgermeisteramt Forchheim abzuliefern sind.

Voriges Jahr nun fand man 212 Stück solcher ärarischen Geschosse bei Eisenhändler J. E. in C.; da sich genügend herausstellte, daß die Kugeln von Forchheimer Einwohnern auf ihren Feldern gefunden, und an J. E. als altes Eisen verkauft wurden; daß ferner dem J. E. diese Verhältnisse bekannt waren, so wurde Untersuchung eingeleitet.

1. Bezüglich des Thatbestandes des Verbrechens nahm der Untersuchungsrichter an:

1) Daß das großh. Militärärar durch das Schießen sich der Kugeln zwar momentan entäußert, jedoch nicht das Eigenthum aufgegeben hat; somit die Kugeln bei der erlassenen öffentlichen Aufforderung keineswegs als herrenlose Gegenstände zu betrachten sind.
2) Daß hiernach derjenige, welcher die Kugeln nicht an das Aerar zurückgibt, sondern an dritte Personen veräußert, sich der Fundunterschlagung schuldig macht. §. 407, Z. 2 des Str.G.B.
3) Daß wenn Kugeln aus dem Kugelfang ausgegraben wurden — wofür sich auch Inzichten ergeben — ein Diebstahl vorliegt; weil dieser Kugelfang gerade zur Aufbewahrung, beziehungs-

weise Beibehaltung des Besitzes der Kugeln dient. §. 376 des Str.G.B.

Der nunmehr als Begünstiger der Fundunterschlagung angeschuldigte Eisenhändler J. E. bestritt zunächst den Thatbestand eines gerichtlich strafbaren Vergehens überhaupt. Seine desfallsige Ausführung ist in den Gründen des ergangenen verurtheilenden hofgerichtlichen Urtheils vom 25. Mai d. J., oberhofgerichtlich bestätigt am 27. August, wie folgt widerlegt:

„Eine Unterschlagung gefundener Sachen liegt unzweifelhaft vor, man kann nicht sagen, es seie das Eigenthum an den verloren gegangenen Geschossen völlig aufgegeben, letztere seien förmlich derelinquirt gewesen, indem gerade die allgemein bekannt gewesenen Anordnungen zur Wiederbeibringung der nicht sofort vom Militär selbst wieder bei oder unmittelbar nach den Schießübungen zurückerlangten Geschosse klar genug das Gegentheil darthun."

II. Zur Einleitung fraglicher Untersuchung war gemäß §. 405 des Str.G.B. eine **Anzeige** des beschädigten Kriegsärars erforderlich; diese geschah in der Weise, daß von großh. Kriegsministerium eine Untersuchung gegen Eisenhändler J. E. beantragt wurde. Es fragte sich nun, ob das gerichtliche Verfahren ohne weiteres auch gegen die Verkäufer beziehungsweise Finder der Kugeln auszudehnen sei? Der Untersuchungsrichter that dieses, da die Bestimmung des §. 392 des Str.G.B. auf besonderen Verhältnissen beruht.

Die Finder wurden gleichfalls verurtheilt. Die hofgerichtlichen Gründe lauten in dieser Beziehung:

„Wenn auch der Antrag großh. Kriegsministeriums nur gegen die Person des Angeschuldigten J. E. gerichtet ist, so kommt in Betracht, daß zur Zeit der erhobenen Anzeige andere Betheiligte als J. E. überall nicht bekannt waren; daß der Antrag sich keineswegs auf dessen Person beschränkt, und andere Theilnehmer nicht ausschließt; daß **überhaupt nicht die Bezeichnung bestimmter Personen und des Verbrechens, sondern nur die der strafbaren Handlung**, die gerichtlich verfolgt werden soll, erforderlich ist. v. Blittersdorff.

IV.

Oberberufung
wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens durch Unterlassung einer Beweisauflage.

1. Schindler gegen Wehrle.

Mit der Klage wurde ein Wegrecht, eventuell ein Nothweg in Anspruch genommen, womit der Kläger in erster und zweiter Instanz unterlag. Es war daher nach §. 1192 der Pr.O. für den dritten Rechtszug eine Beschwerdesumme von 1000 fl. erforderlich. In der Oberappellationsbeschwerdeschrift ist auch bemerkt, der Streitgegenstand habe einen Werth von 1000 fl., welcher nöthigenfalls durch Sachverständige abgeschätzt werden soll.

Die Beschwerde war jedoch nicht allein gegen das Urtheil selbst, sondern auch gegen das Verfahren gerichtet, da mit Verletzung des §. 636 der Pr.O. **ohne** Beweisverfügung erkannt worden sei.

Die angeordnete Schätzung ergab einen Werth weit unter 1000 fl.; weßhalb der Anwalt vorgeladen wurde, um die Zulässigkeit des Rechtsmittels nachzuweisen. Darauf erfolgte am 16. Dez. 1858 ein Erkenntniß, welches die Oberberufung als unzulässig verwirft. Die

Entscheidungsgründe

weißen zuerst das Nichtvorhandensein der Beschwerdesumme nach und fahren dann fort:

„Aber auch die behauptete Verletzung des Verfahrens, welche aus §. 636 der Pr.O. hergeleitet und darein gesetzt wird, daß ohne Beweisverfügung erkannt worden sei — kann nicht als begründet erachtet werden. Es hat zwar wohl der Richter erster Instanz jener Gesetzesstelle nicht genügt, indem er die darin vorgeschriebene Beweisverfügung unterlassen hat; allein hierüber hat sich Kläger in zweiter Instanz nicht beschwert, vielmehr seine Hauptbeschwerde nur darein gesetzt, daß der Erstinstanzrichter den Beweis nicht als erstellt erachtet, oder nicht wenigstens auf den zugeschobenen Eid erkannt hat, und nur erzählungsweise — nicht als Beschwerde — und nur in Bezug auf den Klaggrund eines **Nothweges** wurde vorgebracht, daß das Amtsgericht ein Beweiserkenntniß noch gar nicht erlassen habe.

Diesen letzteren Klaggrund erachtete nun aber das großh. Hofgericht nach seinen Entscheidungsgründen schon **an sich** als nicht begründet, und es lag deßhalb, und weil bezüglich des andern Klaggrundes der Verjährung

eine Beschwerde wegen Verletzung des Verfahrens durch den Richter der ersten Instanz nicht erhoben war, auch keine gesetzliche Nöthigung für den Richter der zweiten Instanz vor, die vom Amtsgericht außer Acht gelassene Vorschrift des §. 636 nachzuholen; nachdem der Appellant selbst zu erkennen gegeben hatte, daß er sich nur wegen nicht gehöriger Würdigung der bereits vorgebrachten Beweise beschweren wolle, nicht aber deshalb, weil er noch keine Gelegenheit gehabt habe, weitere Beweise vorzuschlagen.

Hiernach und da die in zweiter Instanz vorgebrachten neuen Thatsachen von großh. Hofgerichte für unerheblich erachtet und erkannt wurden, auch in Bezug auf diese sonach eine Beweisauflage nicht erforderlich war, dem Richter zweiter Instanz selbst somit in keiner Beziehung eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens zur Last liegt, welche allein nach Ansicht des §. 1130 der Pr.O. der Oberberufung Eingang verschaffen könnte, so erscheint solche auch in dieser Beziehung als unstatthaft.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

2. Zeller gegen Schweigert.

In Ermanglung der nöthigen Beschwerdesumme wollte die Oberappellation unter dem Vorgeben eingeführt werden, daß erhebliche Beweise, welche von den Klägern angeboten worden, in den vordern Instanzen ganz unberücksichtigt geblieben seien.

Dieses Rechtsmittel wurde aber durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 23. November l. J. als unzulässig verworfen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Werth des Streitgegenstandes, worauf sich die Beschwerde der beiden Kläger bezieht, die gesetzlich erforderliche Oberappellationssumme nicht erreicht, und daß ebensowenig der Fall hier vorliegt, wo nach §. 1130, beziehungsweise §. 1128 No. 3 der Pr.O. ohne das Vorhandensein jener Summe die Oberberufung stattfindet.

In Erwägung, daß namentlich, was den letztern Punkt anbelangt, der Umstand, daß das großh. Hofgericht die in dem 3. u. 4. Klagnachtrag und in der Appellationsbeschwerde vorgetragene Thatsache nicht berücksichtigte, also weder zum Beweis aussetzte, noch den darüber anticipirten Beweis erhob, keine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens bildet, da die Pr.O. weder eine Bestimmung enthält, daß der Richter alle thatsächlichen Vorbringen der Parteien in seinen Gründen zum Urtheil zu besprechen, und wenn sie geläugnet sind, gleichviel ob er sie für erheblich oder unerheblich erachtet, zum Beweise auszusetzen habe, noch demselben zur Pflicht macht, jeden bei ihm angetretenen Beweis zu erheben.

In Erwägung, daß vielmehr die allein hier maßgebende Bestimmung des §. 355 der Pr.O. nur dann die Erlassung eines Beweiserkenntnisses vorschreibt, wenn die betreffende Thatsache erheblich ist, die Erörterung dieser Frage aber lediglich zur Beurtheilung der Sache selbst gehört ꝛc. ꝛc. D. R.

V.

Bürgschaft.

Zur Erläuterung des L.R.S. 2037.

Annalen XXV. 342.

Moser gegen Fehrenbacher.

Die Beklagten waren, als Erben ihres Vaters, wegen einer von Letzterem für Georg Fehrenbacher übernommenen Bürgschaft auf Zahlung eines Kaufschillingsrestes von 1000 fl. nebst Zinsen belangt; sie hielten aber der Klage zwei Einreden, nämlich die der zugesicherten Pfandfreiheit im Betrag von 500 fl. und die der Befreiung von der Bürgschaft hinsichtlich einer Summe von 735 fl. entgegen, die auch für begründet und erwiesen angenommen worden sind.

Die zweite Einrede — welche uns hier allein interessirt — stützt sich auf die Thatsache, daß der Rechtsvorfahrer des klagenden Theils zu Gunsten eines gewissen C. Rippert auf ein Vorzugsrecht verzichtet und durch diese Handlung dem Bürgen unmöglich gemacht habe, in seine Rechte einzutreten.

Die Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 9. Dez. 1858 bemerken über diese Einrede:

„Dagegen wurde in der vordern Instanz mit Recht angenommen, daß die Entsagung eines Vorzugsgläubigers auf sein Vorzugsrecht den Bürgen nicht unbedingt, sondern nur in dem Maaße befreit, als die Rechte desselben durch den Verzicht wirklich geschmälert worden sind. Eine solche Schmälerung der Rechte des Bürgen ist aber in dem vorliegenden Falle allerdings eingetreten. Aus

durch vorgelegten Kaufbuchsauszügen und Zwangsversteigerungsakten in Verbindung mit dem in dritter Instanz erhobenen Gutachten Sachverständiger erhellt, nämlich, daß drei der den Georg Fehrenbacher'schen Eheleuten im Zwangswege versteigerten Liegenschaften (die Hausmatte, ein Stück Wald und ein Acker) zu denjenigen gehörten, welche Xaver Meier dem Georg Fehrenbacher verkauft, und daß Georg Fehrenbacher eben jene Grundstücke der Rieppert zu Unterpfand eingesetzt hatte. Aus den Versteigerungsakten ergibt sich auch, daß dieser Gläubigerin der Erlös bei der Zwangsversteigerung im Jahr 1854 zugewiesen worden ist. Diesen Erlös würde aber die Klägerin damals erhalten haben, wenn ihr Ehemann nicht zu Gunsten der Caroline Rieppert auf sein Vorzugsrecht verzichtet gehabt hätte, und würde alsdann der Rückgriff auf den Bürgen bis zum Betrage jenes Erlöses hinweggefallen sein. Hinsichtlich dieses Betrages stellt sich somit die Einrede aus L.R.S. 2037 als erheblich dar.

D. R.

VI.

Ein Fehler im Landrechte.

Der L.R.S. 1723 lautet:

Der Beständer darf die Gestalt der Bestandsache nicht verändern.

In dem Urtexte aber heißt dieser Artikel:

Le bailleur ne peut pendant la durée du bail changer la forme de la chose louée.

Die Uebersetzung hätte daher statt „der Beständer" sagen sollen: „der Bestandgeber".

Daß bei uns jene Aenderung des code Napoléon beabsichtigt worden sei, läßt sich nicht annehmen, da zu einer solchen kein Grund vorlag, und Brauer in seinen Erläuterungen einen derartigen Willen nicht andeutet. Es kann daher nur ein Versehen unterlaufen sein, welches, weil es in allen amtlichen Ausgaben des Landrechtes enthalten ist, seine Quelle in dem Manuscripte der Uebersetzung zu haben scheint. Glücklicher Weise ist dieser Schreibfehler für die Rechtsanwendung ohne Belang, denn er gibt nicht eine Rechtswahrheit, und es folgt aus der Natur des Mieth- und Pachtvertrages, und aus den L.R.S. 1719, 1728, 1729 eben so gewiß, daß der Bestandgeber, als daß der Beständer während der Vertragsdauer mit der Bestandsache nicht eine wesentliche Veränderung vornehmen darf.

Heimerding, Adv.

VII.

Unfähigkeit zum Richteramt.

(Annalen XVIII, 380, 4.)

Bei großh. Stadtamtsgericht C. kam am 27. Oktober d. J. eine Klage des M. M. in P. gegen die Museumsgesellschaft in C. ein. Der Referent dieser Sache lehnte sich ab und zwar:

weil er ordentliches Mitglied der beklagten Museumsgesellschaft, somit als Angehöriger der beklagten Partei betheiligt, und demgemäß zur Ausübung des Richteramts gesetzlich nicht befähigt sei. — Vergl. §§. 52 Z. 1 u. 69. 71 d. P.O.

Die übrigen Referenten des Gerichts gaben gleiche Erklärung ab, mit dem weiteren Anfügen, daß nach den Statuten des Museums alle Mitglieder als solche sammtverbindlich für die Verbindlichkeit der Gesellschaft zu haften haben.

Die Akten wurden großh. Hofgerichte zu B. vorgelegt, welches am 2. November dahin Entscheidung gab:

Daß hiemit dem großh. Amtsgerichte P. die Verhandlung und Entscheidung in vorliegender Streitsache übertragen werde.

v. Blittersdorff.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.